



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais

LARISSA LIMA FERREIRA

**TESTAMENTO VITAL:
O DIREITO À MORTE DIGNA**

BRASÍLIA
2015

LARISSA LIMA FERREIRA

**TESTAMENTO VITAL:
O DIREITO À MORTE DIGNA**

Monografia apresentada ao final do curso de graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Mestre Luciano de Medeiros Alves.

BRASÍLIA
2015

Ferreira, Larissa Lima

Testamento vital: O direito à morte digna / Larissa Lima Ferreira. – 2015.
125 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília,
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Brasília, 2015.

Orientação: Prof. Mestre Luciano de Medeiros Alves.

1. Eutanásia. 2. Ortotanásia. 3. Morte. 4. Testamento vital. 5. Dignidade da pessoa humana.

LARISSA LIMA FERREIRA

**TESTAMENTO VITAL:
O DIREITO À MORTE DIGNA**

Monografia apresentada ao final do curso de graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Mestre Luciano de Medeiros Alves.

Brasília, 13 de novembro de 2015.

Banca Examinadora

Luciano de Medeiros Alves.
Professor Orientador

Dulce Donaire de Mello e Oliveira Furquim.
Professora Examinadora

Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva.
Professora Examinadora

Aos meus pais, José Antônio e Clarice, exemplos de garra e determinação, pela compreensão e amor incondicional, bem como por sempre me apoiarem e jamais perderem a crença em mim, principalmente em meus momentos mais árduos, constituindo-se – assim – em meus principais incentivadores.

Ao meu querido avô João (in memoriam), grande guerreiro, que cumpriu sua missão na Terra com excelência e destemor, e hoje descansa junto ao nosso criador. Sua lembrança foi eternizada em nossos corações.

Dedico-lhes este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Direciono meus agradecimentos, primeiramente, a Deus, que, através de sua onipresença em minha vida, me municiou com a paz de espírito necessária para que eu conseguisse concentrar-me e dedicar-me integralmente a este trabalho. A Ele, também agradeço cada amanhecer.

Agradeço também ao meu orientador, Luciano de Medeiros Alves, que, pacientemente, conduziu-me na elaboração de minha monografia, desde a escolha do tema abordado aos últimos detalhes a serem acertados. Seus ensinamentos me foram cruciais.

Não poderia deixar de ofertar meus agradecimentos também à minha mãe, por, de uma forma inigualável, me fornecer todo o seu apoio e compreensão para que eu obtivesse o sucesso almejado com a apresentação deste trabalho. Obrigada por todos os livros alugados e materiais impressos, tal como por entender minhas alterações de humor. A você, minha profunda e eterna gratidão.

Agradeço ao meu pai pelas saídas e conversas por telefone, em que foram me fornecidos sábios conselhos de vida; por me fornecer sua casa como um ambiente silencioso de estudos, local no qual já passei incontáveis madrugadas focando-me na concepção desta monografia. Agradeço-lhe por toda a assistência.

Ao meu irmão, agradeço profundamente pelo seu apoio, bem como por sua preocupação não apenas com a minha produtividade no presente trabalho, como também com o meu bem-estar. Muito obrigada por todas as palavras de incentivo.

Por fim, agradeço ao Centro Universitário de Brasília – uniCEUB – e à Câmara dos Deputados, por seu acervo bibliográfico.

“A morte não é um mal: porque liberta o homem de todos os males, e ao mesmo tempo que os bens tira-lhe os desejos. A velhice é o pior dos males: porque priva o homem de todos os prazeres, deixando-lhe deles todos os apetites; e traz consigo todas as dores. Não obstante, os homens temem a morte e desejam a velhice. “

Giacomo Leopardi

RESUMO

O presente trabalho versa sobre as possibilidades de aplicação das disposições pertencentes ao testamento vital em situações de terminalidade da vida. Este estudo teve suas raízes firmadas no impasse que o direito à vida – consagrado pelo artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil como um direito fundamental – enfrenta diante do uso de métodos de prolongamento artificial da vida em enfermos em estado vegetativo ou terminal. Questiona-se, na alusiva hipótese, se o referido direito não iria de encontro ao princípio constitucional do direito da dignidade da pessoa humana. Em busca de respostas, foi realizada uma pesquisa pormenorizada acerca da matéria, trazendo ao trabalho entendimentos de autores renomados, jurisprudências, relatos de casos reais e comparações com legislações estrangeiras, tendo sido esses elementos trabalhados em conjunto com a análise das resoluções do Conselho Federal de Medicina. Assevera-se que as fontes bibliográficas foram retiradas de livros, internet e revistas. Por fim, concluiu-se que, embora a Resolução nº 1.995 tenha trazido notável progresso ao tema, a carência de legislação e de discussões alusivas à respectiva matéria torna inviável a determinação tanto de diretrizes, como do âmbito de incidência do testamento vital, de forma a não se ter um entendimento pacífico a respeito do impasse supracitado.

Palavras-chave: Eutanásia. Ortotanásia. Morte. Testamento vital. Dignidade da pessoa humana.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APB	Associação Portuguesa de Bioética
CC	Código Civil
CEM	Código de Ética Médica
CFM	Conselho Federal de Medicina
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
DPAHC	Durable Power of Attorney Health Care
EVP	Estado Vegetativo Permanente
LGS	Ley General de Sanidad
PSDA	Patient Self Determination Act
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
1.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL	16
1.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
1.2.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão	19
1.2.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão.....	20
1.2.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão	21
1.2.4 Direitos fundamentais de quarta dimensão	22
1.2.5 Direitos fundamentais de quinta dimensão.....	22
1.3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	23
1.4 DIREITO À VIDA	25
1.4.1 Titularidade.....	26
1.4.2 Direito à vida: Dupla dimensão.....	27
1.5 LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	30
1.6 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	32
2 O DIREITO À MORTE DIGNA	35
2.1 EUTANÁSIA	35
2.2 ORTOTANÁSIA.....	39
2.3 DISTANÁSIA	41
2.4 MISTANÁSIA.....	44
2.5 SUICÍDIO ASSISTIDO	46
2.6 MORTE	48
2.6.1 Morte aparente	49
2.6.2 Morte encefálica	50
2.6.3 Morte clínica e biológica	53
3 O TESTAMENTO VITAL E SUA EFICÁCIA.....	55
3.1 VALIDADE E EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS.....	56
3.1.1 Plano de existência	59
3.1.2 Plano de validade	61
3.1.3 Plano de eficácia	63
3.2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL	65

3.2.1 Testamento vital X Testamento civil	66
3.3 RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805	67
3.4 RESOLUÇÃO CFM Nº 1.995	72
3.5 DIREITO COMPARADO	77
3.6 COMO ELABORAR UM TESTAMENTO VITAL.....	87
CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS.....	100
ANEXOS	104
ANEXO A - RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006	104
ANEXO B - RESOLUÇÃO CFM Nº 1.995/2012	110
ANEXO C - Sentença 652/2010, de 1º de dezembro de 2010, prolatada pelo juiz da 14ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, Roberto Luis Luchi Demo	115

INTRODUÇÃO

O propósito do presente trabalho acadêmico é averiguar o âmbito de incidência das disposições relativas ao testamento vital frente a uma abordagem direta com a possibilidade do enfermo, em razão de encontrar-se acometido de uma intensa dor e forte sofrimento, dispor de sua própria vida no respectivo documento ou, ainda, estabelecer diretrizes quanto à forma com a qual os tratamentos a que será submetido deverão se dar. Nessa acepção, uma rigorosa análise é feita quanto à ocorrência ou não de lesão aos preceitos constitucionais, confrontando-se o princípio da dignidade da pessoa humana à inviolabilidade do direito à vida.

Consoante a inteligência do artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, o direito à vida é inviolável, ou seja, todos possuem o direito de permanecer vivos, não devendo este bem, que nos é garantido pela CRFB, sofrer qualquer tipo de atentado. Dentre os direitos fundamentais aludidos no respectivo artigo, este se constitui como sendo o mais elementar, eis que é humanamente impossível usufruir os demais direitos expressos na CRFB sem que, primeiramente, se usufrua o direito à vida.

Noutra banda, há o princípio da dignidade da pessoa humana, vislumbrado no artigo 1º, inciso III, da CRFB. Este princípio possui uma definição subjetiva, haja vista que não há como se ter uma conceituação exata e irrefutável do que seria a dignidade da pessoa humana – o que hoje é digno, amanhã pode não mais ser.

Conquanto, como é cediço, o direito à vida se dá em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo os dois caminharem lado a lado. Diante deste contexto, ressalta-se que o início da vida, para o mundo jurídico, se dá com a concepção do embrião, sendo que, de igual forma, o fim da vida pode ser compreendido como a decretação da morte encefálica do indivíduo – requisito imprescindível para que ocorra a doação dos órgãos do, agora então, falecido.

Conforme se verá mais adiante neste trabalho, a morte encefálica se traduz no comprometimento das funções cerebrais do sujeito de modo permanente e irreversível. Ora, é basicamente esta a situação na qual se situa o paciente que está

em fase terminal, portador de uma doença grave e de cura improvável, que passa a perder gradativamente suas funções vitais.

Este enfermo, se assim for de seu interesse, pode optar por apenas receber cuidados paliativos, que são cuidados que visam à diminuição, dentro do possível, da dor e sofrimento sentidos por ele, propiciando-lhe o máximo de conforto até o momento de sua morte, sem, contudo, antecipá-la ou adiá-la, deixando-a acontecer em seu tempo. Nesse interim, os cuidados paliativos permitem que o enfermo, já com a saúde gravemente comprometida e a morte próxima quase certa, usufrua de seu direito de ter uma morte digna, sem que sejam lhe negados os cuidados básicos, caracterizando-se, assim, o instituto da ortotanásia.

Assevera-se, pois então, que é neste ponto que adentra a problemática existente entre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida. O paciente, ao optar por apenas receber cuidados paliativos, está recusando todos os demais tratamentos que tenham como por objetivo prolongar sua vida. Esta escolha é feita quando o enfermo ainda encontra-se consciente de seus atos, sendo capaz de exercê-los por si mesmo, momento no qual ele elabora um documento contendo todas as diretrizes que deverão ser seguidas pelo seu médico caso ele seja, em um momento futuro, diagnosticado em estado terminal grave. Essas diretrizes constituem nas diretivas antecipadas da vontade (DAV) e o respectivo documento é denominado de testamento vital.

Muito embora essa questão tenha sido normatizada pelas Resoluções Nº 1.805/2006 e Nº 1.995/2012, ambas do Conselho Federal de Medicina, ela é conflituosa do ponto de vista constitucional, haja vista que o paciente em estado terminal, por não possuir perspectivas de melhora de seu quadro clínico, opta por evitar tratamentos que, apesar de prolongarem sua vida, lhe trariam ainda mais dor, bem como tortura psicológica para a sua família, podendo esta tomada de decisão ser considerada como um atentado contra a vida.

Ora, apesar do direito à vida ser inviolável, ele deve se dar em conformidade com a dignidade da pessoa humana, como já mencionado acima. Sendo assim, se o sujeito não possui mais condições de exercer atos que antes exercia com facilidade, como se alimentar e respirar sem o uso de aparelhos, de

forma a encontrar-se em um estado piedoso, pode-se concluir que, apesar de ele possuir uma vida, esta já não é mais digna.

Busca-se, através de uma análise qualitativa, ser capaz de compreender se o sujeito que se encontra nessas condições deve ser obrigado a submeter-se a tratamentos cuja preocupação está voltada para a quantidade de dias, meses ou anos que sua vida pode resistir ainda e não exatamente para a qualidade que esta deve possuir, bem como se as disposições contidas no testamento vital são plenamente eficazes ou se sofrem determinados impedimentos ao se depararem com os preceitos da CRFB.

Diante do atual cenário brasileiro, esse estudo se faz essencial, a julgar não apenas pela ausência de lei regulamentadora, mas também pela ocorrência corriqueira e praticamente diária de casos de terminalidade da vida, provenientes de acontecimentos inesperados, como um mergulho em uma piscina rasa, ou de uma sucessão de eventos que levou o indivíduo, já hospitalizado por razões diversas, à progressão de seu quadro clínico.

Para uma melhor compreensão do tema em epígrafe, o presente trabalho foi dividido em três capítulos, sendo que o primeiro deles tratará dos direitos fundamentais, situando-os no tempo e no espaço. Para tanto, especificar-se-á suas dimensões, distinguindo-as através de suas particularidades. Aqui também serão vistos, de uma forma mais abrangente, os direitos e garantias fundamentais. Ao direito à vida, no entanto, foi reservado um tópico em separado visando um melhor aprofundamento a respeito do tema.

Já no segundo capítulo foram abordados os institutos da eutanásia, ortotanásia, distanásia e mistanásia, detalhando-os e caracterizando-os. No capítulo em comento, a matéria relativa ao suicídio assistido também foi analisada, ressaltando a vedação que a Lei faz à sua prática. O instituto da morte não foi apenas conceituado, como também esmiuçado em diferentes tópicos, estando estes em conformidade com suas classificações – aparente, encefálica e clínica/biológica.

Por fim, o último capítulo versa sobre o testamento vital e sua eficácia. Neste item, serão especificados os requisitos para que se configure um negócio jurídico, pormenorizando os planos pelos quais ele deve passar para que seja

concebido. Por conseguinte, conceituar-se-á o testamento vital, esclarecendo como se dá sua eficácia no Brasil, a partir da análise das Resoluções Nº 1.805 e Nº 1.995, ambas editadas pelo CFM. É neste capítulo também em que se esclarece em quais termos se deu a ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal em face de Conselho Federal de Medicina, requerendo a nulidade da Resolução Nº 1.805/2006 e a definição de critérios que pudessem afirmar em quais termos se daria a ortotanásia. Logo após, é feito um comparativo com o direito estrangeiro, especificando como o testamento vital foi abordado nos Estados Unidos da América e, em Portugal e na Espanha, ressaltando as contribuições que cada um desses países deixou à matéria. Finaliza-se o trabalho com uma explicação minuciosa no tocante ao procedimento a ser seguido para a confecção de um testamento vital.

À vista disso, contribuindo-se com a concepção de um entendimento mais enraizado a respeito de como se dão as DAV, foram anexadas ao trabalho as Resoluções Nº 1805 e Nº 1.995 da CFM e a sentença decretada pelo MM. Juiz Roberto Luis Luchi Demo julgando improcedente o pedido formulado pelo Ministério Público Federal em uma ação civil pública ajuizada contra o Conselho Federal de Medicina, conforme visto alhures.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais originaram-se na França, no ano de 1770¹, estando seu surgimento atrelado aos pensamentos iluministas – os quais vigoravam no país nos séculos XVII e XVIII – e à formulação de constituições escritas². Diante desse contexto, Moraes preleciona:

“[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”³.

Nesse sentido, há de se compreender que os direitos fundamentais nem sempre tiveram força de lei. Seu caráter obrigatório é decorrente de maturação histórica, estando o seu surgimento atrelado às necessidades das diferentes épocas nas quais foram criados⁴. Por tal razão, foram subdivididos em diferentes grupos, a saber: direitos fundamentais de primeira dimensão; de segunda dimensão; de terceira dimensão; de quarta dimensão; de quinta dimensão⁵. Contudo, no que toca às duas últimas dimensões, imperioso se faz ressaltar que, modernamente, embora grande parte dos doutrinadores contemplem sua existência, como Novelino, Bonavides e Lenza, há autores que ainda encontram dificuldades em reconhecê-las, como Mendes e Branco. Conclui-se, pois então, que não existe, entre os constitucionalistas, um entendimento unânime acerca dos bens amparados por essas novas dimensões⁶.

Destarte, conforme foi visto acima, a compreensão dos direitos fundamentais é dada em uma subdivisão de momentos, momentos estes que, comumente, são chamados pela doutrina de dimensões ou gerações. Todavia, ao se interpretar esses momentos como gerações, é provável que ocorra uma interpretação errônea de sua conceituação que, nas palavras de Branco, traduziu-se

¹ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Método, 2012.

² IURCONVITE, Adriano dos Santos. *Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 48, dez 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4528>. Acesso em 01 out 2015.

³ MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 178.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵ Ibidem.

⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 10. ed. Método: São Paulo, 2013.

no caráter cumulativo dos direitos embarcados por eles, eis que, à medida que foram se dando na história de nosso país, somaram-se aos já existentes, sem substituí-los. Logo, como é cediço, o termo dimensões se faz como sendo o mais apropriado, pois trouxeram consigo direitos que, interpretados sob uma ótica unitária, se complementaram⁷.

Ante o exposto, observa-se que os direitos fundamentais ganham destaque dentro da sociedade na medida em que demonstram, por si mesmos, que os cidadãos, antes de possuírem qualquer obrigação para com o Estado, são possuidores de direitos, os quais traduzem-se em prestações desse com aqueles⁸. Não obstante, evidenciam também que as obrigações que os seus titulares possuem com o Estado se dão de forma a lhes propiciar um melhor bem estar⁹.

1.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL:

É mister salientar, de antemão, que não há, na doutrina, uma única denominação no que concerne aos direitos fundamentais. Nessa acepção, há alguns autores que optam por chamá-los de direitos públicos subjetivos, já outros preferem denominá-los de direitos humanos fundamentais, embora que erroneamente, pois, conforme veremos adiante, ainda neste tópico, os direitos humanos diferem-se dos direitos fundamentais¹⁰. Contudo, usar-se-á no presente trabalho a denominação mais aceita pelos doutrinadores e pela nossa legislação, qual seja, direitos fundamentais, que, em breves termos, podem ser compreendidos como sendo meios de proteção garantidos pela Constituição aos cidadãos para se defenderem da atuação do Estado¹¹.

Nesse interim, a Constituição de 1988, em seu Título II, o qual recebeu a denominação "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", dispõe acerca dos direitos fundamentais como sendo um gênero que abarca todas as espécies de direitos, sendo que estes podem concernir aos direitos individuais e coletivos, aos direitos

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

¹¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 10. ed. Método: São Paulo, 2013.

sociais, aos direitos de nacionalidade, aos direitos políticos, aos direitos dos partidos políticos e aos direitos econômicos¹².

Assinala-se, pois, a diferença existente entre direitos humanos e direitos fundamentais. Tratam-se de direitos que, embora possuam o mesmo propósito – resguardar e tutelar a dignidade à pessoa humana através do uso de direitos concernentes ao direito à liberdade e ao direito à igualdade – são positivados em planos distintos¹³.

Nesse diapasão, urge esclarecer que os direitos humanos enxergam o direito que os seres humanos têm à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade e à igualdade como prerrogativa do direito que possuem à dignidade; portanto, visam protegê-los. Nessa esteira, abrange a humanidade como um todo, ou seja, todos os seres humanos possuem estes direitos, independentemente da sociedade a qual pertencem¹⁴. Ainda nesse mesmo sentido, Novelino elucida que os direitos humanos são aqueles legitimados em tratados e convenções internacionais¹⁵.

Noutra banda, há os direitos fundamentais, que são nada mais do que os direitos humanos positivados na Constituição Federal, garantidos e limitados no espaço e no tempo, sendo que estes, diferentemente daqueles, podem sofrer alterações em seu conteúdo, a depender do Estado no qual são instituídos¹⁶.

Nesse sentido, leciona Canotilho que “Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”¹⁷.

Já no que atine à natureza dos direitos fundamentais, vale mencionar que nem sempre tiveram força de lei. Antigamente, eram revestidos tão apenas pelo

¹² PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 10. ed. Método: São Paulo, 2013.

¹³ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Método, 2012.

¹⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo, op. cit.

¹⁵ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Método, 2012.

¹⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo, op. cit.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 359.

valor moral que carregavam, sendo visto como meras promessas ou declarações¹⁸.

Foram os doutrinadores franceses que enxergaram a imprescindibilidade da aplicação do caráter normativo aos respectivos direitos para que estes pudessem ter real efetividade no que se propunham¹⁹.

Nessa acepção, os direitos fundamentais deixaram de ser apenas valores morais para ganharem força de lei, sendo protegidos por nossa Constituição, bem como nela previstos em seu artigo 5º, além de terem sua obrigatoriedade e vinculação devidamente reconhecidas²⁰.

1.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

De acordo com o que já fora lecionado, os direitos fundamentais surgiram em diferentes estágios no contexto histórico brasileiro, de forma a tentar suprir as necessidades demandadas de cada período²¹.

São vários os critérios que podem ser adotados para classificar os direitos fundamentais, contudo, conforme visto alhures, a doutrina mais atual opta pelo termo dimensões, sob a justificativa de que os direitos decorrentes de uma determinada dimensão não restariam desprotegidos apenas porque a dimensão subsequente trouxe consigo novos direitos²². Nesse diapasão, os direitos conquistados com determinada dimensão coexistem com os direitos da dimensão subsecutiva²³, podendo ser o caso também de sofrerem uma adaptação para encaixarem-se nos direitos trazidos com a dimensão posterior, adaptando-se, assim, “às novidades constitucionais”²⁴. Nesse contexto, urge trazer o entendimento de Paulo e Alexandrino, que, corroborando o disposto acima, esclarecem que, na realidade dos fatos, o que ocorre é que “os direitos integrantes de uma geração antecedente

¹⁸ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Método, 2012.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²² Ibidem.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁴ Ibidem, p. 138.

ganham outra dimensão, novo conteúdo e alcance, com o surgimento de uma geração sucessiva”²⁵.

Outrossim, é mister ressaltar que o início das dimensões dos direitos fundamentais foi impulsionada com o famoso lema da Revolução Francesa, do século XVIII – liberdade, igualdade, fraternidade²⁶. Esse lema revolucionário incitou a criação dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão e que, agasalhado no entendimento doutrinário, acabaria, por consequência, dando ensejo aos direitos fundamentais de quarta e quinta dimensão²⁷.

1.2.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão:

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos consequentes das Revoluções americana e francesa²⁸. A denominação atribuída a esses direitos faz jus ao fato de terem sido os primeiros a serem positivados pelo nosso ordenamento jurídico²⁹.

Os direitos abrangidos por essa dimensão estão inseridos em um contexto de transição de um Estado autoritário para um Estado de direito³⁰ e, nesse sentido, concernem às liberdades individuais, eis que implicam em um dever de não fazer do Estado, direitos que levam a uma não atuação do Estado, a uma não interferência, tendo por finalidade a proteção do espaço de autodeterminação do indivíduo³¹.

Neste período, não há a preocupação com os problemas sociais existentes, como, por exemplo, as desigualdades sociais³². O foco desta dimensão está voltado à proteção das liberdades individuais, como, exemplificando, a liberdade de consciência, a inviolabilidade de domicílio, dentre tantos outros³³. Como bem asseverado por Lenza, tratam-se de direitos oponíveis ao Estado – direitos de

²⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 10. ed. Método: São Paulo, 2013, p. 104.

²⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo, op. cit.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁰ LENZA, Pedro, op. cit.

³¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, op. cit.

³² *Ibidem*.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit.

resistência³⁴.

Nesse interim, esses direitos são considerados negativos, uma vez que exigem uma abstenção do Estado, a qual se traduz na não intervenção deste na esfera individual de seus indivíduos³⁵.

Assinala-se, pois, que o destinatário dos direitos de primeira dimensão é o homem considerado em seu próprio espaço, fora da sociedade a qual pertence³⁶.

1.2.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão:

Os direitos fundamentais de segunda dimensão surgiram no século XX, em decorrência dos movimentos sociais ocorridos no final do século XIX³⁷, como a Comuna de Paris (1848)³⁸. Esses movimentos sociais visavam a busca de melhores condições de trabalho. Em vista disso, foi a Revolução Industrial europeia que impulsionou a concepção dos direitos fundamentais da dimensão em epígrafe³⁹.

Os direitos desta dimensão tinham como foco obrigar o Estado a tomar determinadas providências no sentido de promover condições materiais para que o indivíduo pudesse usufruir de sua liberdade⁴⁰. Destaca-se que, nesta fase, ocorreu uma transição do Estado liberal – que preocupava-se tão somente com os direitos do homem individualmente considerado – para o Estado social – que buscava a igualdade material para todos os cidadãos⁴¹.

Como já é sabido, os direitos fundamentais de primeira dimensão buscavam uma abstenção do Estado, implicando em prestações negativas. Já na segunda dimensão desses direitos, ao revés, temos a obrigação de prestações positivas do Estado para com a sociedade, exigindo-se, assim, uma ação estatal para que os direitos em comento atinjam sua finalidade⁴².

³⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 10. ed. Método: São Paulo, 2013.

³⁸ LENZA, Pedro, op. cit.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo, op. cit.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit.

Compreende-se, então, que esta dimensão possui seu foco voltado, sobretudo, para o princípio da igualdade, em que se busca uma igualdade de condições materiais para todos, devendo este objetivo ser alcançado por meio de ações dos Poderes Públicos⁴³. Em outras palavras, exige-se que o Estado atue para fornecer iguais condições a seus cidadãos, e ele fará isso fazendo uso dos seus instrumentos, prestando serviços sociais e públicos, como, por exemplo, a saúde, a assistência social, o trabalho, a educação, dentre outros⁴⁴. O propósito desta dimensão era que todos pudessem usufruir desses direitos de forma igualitária.

1.2.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão:

Os denominados direitos fundamentais de terceira dimensão surgiram na segunda metade do século XX e tiveram seu surgimento atrelado à proteção do homem enquanto integrante de uma coletividade⁴⁵. Esses direitos não são destinados a um indivíduo, nem a grupos específicos ou a algum Estado⁴⁶; ao revés, possuem sua preocupação direcionada à proteção da coletividade – em seu sentido mais amplo – isto é, à proteção do gênero humano⁴⁷.

Por tal razão, os direitos fundamentais são representados pelos direitos de fraternidade e solidariedade, uma vez que foram concebidos para proteger os interesses comuns de grupos⁴⁸. Nessa esteira, estão diretamente relacionados com o progresso, a qualidade do meio ambiente, a autodeterminação dos povos, o direito à paz, dentre outras preocupações que integram esses respectivos interesses⁴⁹. É indubitável que esses direitos são revestidos, principalmente, de humanismo e universalidade⁵⁰.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 10. ed. Método: São Paulo, 2013.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

⁴⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo, op. cit.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo, op. cit.

⁴⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁵⁰ LENZA, Pedro, op. cit.

1.2.4 Direitos fundamentais de quarta dimensão:

Os direitos da quarta dimensão, consoante entendimento de Bonavides traduzem-se na democracia, na informação e no pluralismo, sendo consequentes da “globalização dos direitos fundamentais”⁵¹, ou, se preferir, da globalização política. Conforme orientação do autor, nesta fase há institucionalização do Estado social.

Em contrapartida ao entendimento de Bonavides, Bobbio, nas palavras de Lenza, elucida que os direitos dessa dimensão adviriam dos progressos obtidos com a engenharia genética no que atine a experiências com o patrimônio genético dos indivíduos. Nesse sentido, afirma que esses direitos são nada mais do que efeitos dos avanços no campo da ciência, os quais já trabalham com complexas experiências, como, por exemplo, a mudança de sexo⁵².

Ainda dentro deste enfoque, Sarlet expõe sua opinião a respeito do debatido acima, alegando que esses avanços conquistados pela ciência se dão com o uso dos direitos fundamentais por seus titulares, sobretudo o direito à liberdade, reconhecendo-os⁵³.

1.2.5 Direitos fundamentais de quinta dimensão:

Bonavides assevera que o direito à paz deve ser compreendido em uma dimensão separada das demais, ressaltando que não se pode olvidar da crucial importância que esse direito carrega consigo, constituindo-se na característica mais marcante do direito à humanidade⁵⁴.

Desta forma, tendo o direito à paz como algo indispensável para que possamos conviver harmonicamente uns com os outros, é estritamente necessário, de acordo com o autor, que este direito esteja positivado não apenas na nossa

⁵¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1145, apud, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

⁵² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, apud, BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 2004. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf> Acesso em: 30 set. 2015.

⁵³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, apud, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 51.

⁵⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, apud, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

Constituição, como nas dos outros países também. O direito à paz, então, deve ser apreciado em uma nova dimensão, criada somente para ele, podendo, assim, promover essa apreciação de uma forma meticulosa⁵⁵.

1.3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS:

Os direitos e garantias fundamentais estão expressos no artigo 5º da CRFB, que, embora trate de maneira expressa apenas sobre os direitos e deveres imputados aos cidadãos brasileiros, versa também sobre as garantias fundamentais⁵⁶.

Cabe, primeiramente, distinguir os direitos das garantias fundamentais, que, apesar de passíveis de sofrerem ambiguidade, possuem conceitos distintos. Nesse sentido, elucida-se que os direitos são aqueles devidamente expressos no ordenamento jurídico, possuem espaço na CRFB e ali se encontram preceituados. Noutra banda, contudo não muito obstante, há as garantias fundamentais, que nada mais são do que instrumentos propiciados a nós, indivíduos de direito, para que possamos fazer valer aquele direito em sua plenitude, assegurando sua eficácia ou, caso violado, reparando-o⁵⁷.

Meticulosamente analisadas por Moares, as características dos direitos fundamentais quantificam-se em nove. Nessa esteira, sabe-se que os referidos direitos são imprescritíveis, ou seja, podem ser exigidos a qualquer tempo, independentemente da frequência com a qual estão sendo usados, mesmo que ainda o seu titular ainda sequer tenha usufruído alguns deles. São também inalienáveis, pois não podem ser passados a outra pessoa⁵⁸, nem em caráter temporário ou definitivo. Lenza corrobora com o exposto ao esclarecer a não necessidade de querer transferir seus direitos fundamentais a outrem, tendo em vista que todos os cidadãos os possuem⁵⁹.

⁵⁵ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Método, 2012, apud, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

⁵⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁵⁹ LENZA, Pedro, op. cit.

Nada obstante, os direitos fundamentais também são irrenunciáveis⁶⁰, não sendo possível optar por não ser mais titular de qualquer um deles, embora o não exercício possa ocorrer perfeitamente, sem quaisquer embaraços⁶¹. Os direitos em comento não podem, de forma alguma, não serem respeitados por autoridades estatais ou não estarem positivados no plano constitucional, não importando o motivo usado para desrespeitá-los, pois são invioláveis⁶².

Ademais, é certo que todos os seres humanos são titulares dos direitos fundamentais, não devendo importar qual é a sua nacionalidade, idade, sexo, crença, raça ou qualquer outra característica, pois são universais⁶³. Devem possuir eficácia no plano real, em outros termos, o Estado deve se utilizar de todos os seus instrumentos para garantir o aproveitamento desses direitos por seus titulares⁶⁴, sem quaisquer óbices.

Conforme já vastamente analisado, os direitos fundamentais estão previstos na Constituição, contudo, apesar dessas previsões serem autônomas, pode ocorrer que um desses direitos esteja direta ou indiretamente correlacionado com a existência de outro direito fundamental ou uma garantia, como, por exemplo, a liberdade de locomoção, que se encontra relacionada com a garantia do *habeas corpus*. Isso acontece porque os direitos fundamentais são interdependentes⁶⁵.

Outrossim, os direitos fundamentais não devem ser interpretados separadamente dos demais, mas sim em conjunto, pois eles possuem o caráter de complementaridade⁶⁶. Cita, dentro desse enfoque, o direito à vida, que, se interpretado isoladamente, possuirá apenas uma tradução plausível – o direito à vida é irrenunciável, e, sendo irrenunciável, o seu titular não pode dispor dela sob nenhuma hipótese, não importando as circunstâncias nas quais este bem se encontre. Então, trazendo esta hipótese para o plano real, caso um indivíduo se encontre com uma doença que o tenha levado ao estado terminal, cuja cura seja improvável, sendo sua sobrevivência dada via meios artificiais, e este indivíduo não visualize mais o mínimo de qualidade em sua vida, não se encontrando com a vida

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁶¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶² MORAES, Alexandre de, op. cit.

⁶³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁶⁶ *Ibidem*.

digna que um dia teve, ele – se este direito for interpretado individualmente – não poderá dispor da sua vida de forma alguma, tampouco poderá pedir para que alguém assim o faça por ele. Já sob uma nova perspectiva, sendo este direito analisado em conjunto com o princípio da dignidade humana, pode-se afirmar, sem receios, de que o direito à vida só faz sentido caso esta esteja revestida de dignidade, ainda que seja o mínimo necessário. Nessa lógica, o direito à vida só encontra seu sentido de ser caso o objeto desse direito seja uma vida digna, que traga conforto ao indivíduo, pois o objetivo dos direitos fundamentais é, notoriamente, em um sentido mais amplo, propiciar um bem estar aos seus titulares, deixá-los mais confiantes no que toca à não atuação estatal em seu campo de autodeterminação; o direito à vida não foi concebido para que viesse a se tornar um fardo, um encargo ao seu titular. Logo, o indivíduo teria direito à uma vida digna, mas, caso esta perdesse sua dignidade, poderia questionar-se se o direito à morte digna não seria possível no mundo jurídico.

Corroborando o questionamento levantado acima, é mister mencionar que os direitos fundamentais também são relativos/limitados⁶⁷. Desta forma, é possível que, a depender do caso concreto, ocorra conflitos de interesses, o qual será solucionado pelos preceitos da Constituição ou então à luz do entendimento do intérprete ou do juiz a respeito de qual interesse prevalecerá⁶⁸, “[...] levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua máxima restrição.”⁶⁹

1.4 DIREITO À VIDA

O direito à vida está expresso no caput do artigo 5º da CRFB/88, o qual garante aos cidadãos brasileiros a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Tal direito ganha uma especial importância diante dos demais, pois é visto como um pressuposto básico para eventual gozo dos demais direitos previstos na nossa legislação. Como é cediço, é necessário que o titular dos direitos fundamentais, ou seja, o cidadão brasileiro, esteja vivo para que possa usufruir dos direitos e garantias lhes concedidos pela Constituição Federal.

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁶⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 1146.

Traduzido nas palavras do constitucionalista Paulo Gustavo Gonet Branco, “trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais”⁷⁰.

A Constituição, por sua vez, reconhece a suma importância do direito supracitado, impondo tanto ao Estado, como também à coletividade, a obrigação de defender e preservar determinadas condições para seu bom uso e fruição, conforme dicção do *caput* de seus artigos 225 e 227, dispostos, respectivamente, abaixo:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”⁷¹

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”⁷²

Nesse interim, nossa legislação protege tanto a vida extrauterina, como visto acima, bem como a vida intrauterina, proibindo a prática do aborto nos artigos 124 e seguintes do Código Penal. Contudo, é mister esclarecer que o STF - Supremo Tribunal Federal já decidiu que não constitui crime a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo, não se estendendo tal interpretação para as demais deficiências.

1.4.1 Titularidade

O titular do direito à vida é o ser humano. Isto significa que tal garantia deve ser atribuída a todos os cidadãos igualmente, independentemente de crença, religião, raça, dentre outras características – não há critério discriminador no que atine ao supracitado direito⁷³. Pode-se dizer que o direito à vida é inerente ao ser humano. Nas palavras do professor Paulo Gustavo Gonet Branco, “se todo o ser humano singulariza-se por uma dignidade intrínseca e indisponível, a todo ser

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 256.

⁷¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.. Acesso em 02 out. 2015.

⁷² Ibidem.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit.

humano deve ser reconhecida a titularidade do direito mais elementar de expressão dessa dignidade única – o direito a existir”⁷⁴.

Uma problemática que já gerou discussões no mundo jurídico é se o nascituro tem ou não direito à vida. Oras, já vimos acima que a nossa legislação protege também a vida intrauterina. Ademais, o único pressuposto para que se tenha esta garantia é que o seu titular seja um ser humano, isto é, que pertença à espécie *homo sapiens*.⁷⁵ Não resta dúvidas de que o nascituro está incluso em tal requisito, sendo considerado um ser humano. O direito à vida começa desde a fecundação até a morte do seu titular. Nessa esteira, o nascituro é titular do direito em epígrafe⁷⁶.

1.4.2 Direito à vida: Dupla dimensão

O direito à vida não apenas traz benefícios ao seu titular, como também lhe impõe limitações. Tais limitações consistem na expressa proibição de prática de atos, por parte do Estado ou do próprio indivíduo, que possam vir, de alguma forma, a ferir a vida⁷⁷.

Noutra banda, se tem uma prestação positiva por parte do Estado aos seus cidadãos, que, através de suas normas, cria determinados mecanismos para lhes proteger a vida, colocando-lhes à disposição serviços como os de bombeiros, polícia e médicos⁷⁸.

Destaca-se que o direito à vida, como o próprio nome já diz, é um direito do indivíduo e não uma liberdade. Desta forma, seu titular não possui a opção de dispô-la se assim quiser. Vale mencionar que o Estado, mais do que permissão, tem a obrigação de proteger esse bem elementar ainda que o cidadão não o queira mais, atuando no sentido de lhe salvar a vida se este, por eventual circunstância, cometer tentativa de suicídio⁷⁹.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 257.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

⁷⁹ Ibidem.

Dentre as obrigações do Estado no que atine à proteção da vida, está o de averiguar, com rapidez e eficiência, as causas e circunstâncias das mortes suspeitas. A realização desta investigação é imprescindível e o Estado não pode optar por não realizá-la, pois, se assim o fizesse, estaria conferindo ao direito à vida menor proteção que este confere⁸⁰. No dizer de Paulo Gustavo Branco, “a investigação deve ser ampla, imediata e imparcial”⁸¹.

Logo, se o Estado deve proteger o direito à vida e inclusive cria mecanismos para auxiliá-lo, como visto acima, não haveria qualquer sentido se ele, o próprio Estado, colaborasse para práticas que acelerassem a morte de alguém. Tal assunto será aprofundado adiante, mas, em um breve relato, a eutanásia consiste exatamente no que foi suposto – a aceleração da morte, sem sofrimento, de um paciente acometido de uma enfermidade incurável, a qual lhe produz dores acentuadas. Contudo, é necessário frisar que a eutanásia não restará configurada se um paciente estiver em estado terminal e o seu médico, por ventura, vier a suspender os tratamentos extraordinários que lhes estavam sendo aplicados, uma vez que se tratam de esforços extras, que vão além do exigido pelo médico. Por outro lado, se o médico vier a suspender os tratamentos ordinários aplicados ao paciente, ainda que em estado terminal, então estará, indubitavelmente, exercendo a eutanásia, tendo em vista que tal prática consiste na suspensão de esforços mínimos, exigidos pelo Estado e abarcados pelo direito à vida, para a sobrevivência do indivíduo.

Nos dizeres de Paulo Gustavo Branco, “a eutanásia é incompatível com o direito à vida, mesmo que haja o consentimento do paciente. Incumbe ao Estado o dever de não apenas não praticar tais atos como também o de aparelhar o ordenamento jurídico para a sua repressão.”⁸².

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸¹ *Ibidem*, p. 260.

⁸² *Ibidem*, p. 261.

Nessa acepção, além do direito à vida ir de encontro à prática da eutanásia, ele também permite que o Estado ofereça medicamentos indispensáveis à sobrevivência do paciente⁸³. Confira jurisprudência do STF:

“E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.”⁸⁴

(RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa de recurso de agravo. RE-AgR 271286/RS. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello. Rio Grande do Sul, 12, de setembro, de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103463&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 set. 2015.

Como é sabido, os direitos fundamentais clamam pela proteção do Estado, proteção esta que se dá de forma proporcional à relevância do direito fundamental em questão e à magnitude da conduta agressiva direcionada ao bem tutelado por tal direito⁸⁵.

Assim sendo, o direito à vida pressupõe uma proteção mais severa do Estado, justamente por ser o direito fundamental elementar dos demais previstos em nossa legislação⁸⁶.

Como bem asseverado por Paulo Gustavo Branco, esgotados todos os meios para protegê-la e, ainda assim, não sendo suficiente, é permitido ao Estado buscar suporte nos instrumentos do Direito Penal⁸⁷. Isto é, caso o Estado já tenha feito se valer de todas as medidas possíveis para proteger o bem da vida, porém ela continuar em risco, ele poderá, se necessário e como última solução encontrada, invadir a liberdade dos demais indivíduos, também titulares dos direitos fundamentais⁸⁸.

Saliente-se, ainda, que “a incriminação da conduta não apenas se presta para reprimir o comportamento contrário ao valor central da vida para o ordenamento jurídico, como, igualmente, contribui para que se torne nítida a antijuricidade do comportamento vedado.”⁸⁹.

Como visto, é a Constituição Federal que assegura o direito à vida, prevendo-o no caput de seu art. 5º, contudo é ao Estado que é incumbido o dever de garantir a prática de sua dupla dimensão, tanto a positiva como a negativa, conforme supracitado⁹⁰.

1.5 LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É mister realizar a limitação dos direitos fundamentais para que se possa melhor compreender no que se consistem e o âmbito de atuação que abarcam. Isto

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸⁹ Ibidem, p. 262.

⁹⁰ Ibidem.

se dá pelo fato de que o exercício de determinados direitos podem, eventualmente, atingir os demais direitos, direitos estes também protegidos pela Constituição⁹¹.

Para limitar um direito fundamental, há de, primeiramente, definir o seu âmbito de proteção, isto é, o objeto que tal direito visa proteger e garantir ao seu titular⁹². Nessa acepção, há de concluir que, a medida que o âmbito de proteção de determinado direito cresce, maior a probabilidade de qualquer ato do Estado sofrer restrição⁹³. Da mesma forma, quanto menor for o âmbito de proteção de um direito, menores são as chances de algum eventual atrito entre o indivíduo e o Estado⁹⁴.

Como predito, imperioso se faz analisar as restrições provenientes de um direito fundamental para, assim, identificar posteriormente o seu âmbito de proteção. Para tanto, inexistente uma regra geral - para cada direito fundamental existente, há um procedimento específico⁹⁵. Cita, dentro deste enfoque, Gilmar Mendes, que “muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito.”⁹⁶.

Assim sendo, para conceituar o âmbito de proteção, é necessário aprofundar-se no que leciona a norma constitucional garantidora de direitos⁹⁷. Para tanto, como bem asseverou Mendes, é necessário observar os seguintes requisitos:

- “a) A identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*);
- b) A verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e identificação das *reservas legais de índole restritiva*”⁹⁸.

Não raro, certos bens, normas ou condutas não estarão protegidos por normas constitucionais. Nessa esteira, abre-se o questionamento acerca da inviolabilidade das comunicações telefônicas e se esta inviolabilidade abrangeria,

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem, p. 193.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁹⁸ Ibidem, p. 194.

por ventura, outras formas de comunicação, como, por exemplo, comunicação via rádio⁹⁹.

1.6 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme já preceituou Marcelo Novelino, a dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que ditará como criar, interpretar e aplicar a ordem normativa constitucional, principalmente o sistema de direitos fundamentais¹⁰⁰.

O princípio da dignidade da pessoa humana está positivado em nossa Constituição em seu artigo 1º, inciso III. Confira:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”¹⁰¹.

Nesse interim, é estritamente necessário que tal princípio esteja consagrado por norma constitucional, uma vez que, caso contrário, a dignidade da pessoa humana se resumiria apenas a um valor moral – logo, subjetivo. Desta forma, revestido de normatividade, este princípio ganha notório valor jurídico¹⁰².

Não obstante, a supracitada positivação do princípio em epígrafe na CRFB reafirma que o indivíduo não constitui um acessório do ordenamento jurídico vigente, mas que trata-se do núcleo de sua existência. Isto é, as normas constitucionais existem para atender as pessoas e elas devem ser o seu foco¹⁰³. Nesse sentido, caso ocorra algum eventual conflito entre o Estado e o cidadão,

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁰⁰ NOVELINO, Marcelo, *Direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

¹⁰¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 02 out. 2015.

¹⁰² NOVELINO, Marcelo, op. cit.

¹⁰³ Ibidem.

deve, por óbvio, sempre levar, primeiramente, em consideração a pretensão do indivíduo enquanto sujeito de direitos¹⁰⁴.

Não é correto dizer que a dignidade constitui um direito da pessoa, eis que, na realidade, trata-se de uma qualidade intrínseca da mesma¹⁰⁵.

Embora a dignidade, em si, seja absoluta, por outro caminho segue o seu princípio, o qual comporta graduações. Bem como ocorre com os demais princípios existentes, o princípio da dignidade da pessoa humana pode se dar de diferentes formas, com intensidade variável, a depender das condições fáticas e jurídicas do contexto no qual estará sendo aplicada¹⁰⁶.

É imprescindível destacar que nosso ordenamento jurídico não confere dignidade a qualquer indivíduo; contudo, possui o expresso dever de protegê-la e promove-la. Assim sendo, o Estado deve utilizar os poderes lhes fornecido para respeitar, proteger e promover diferentes formas que resultem em uma vida digna aos seus cidadãos¹⁰⁷.

Nessa linha, cabe ressaltar que o dever de respeito consiste no impedimento de atos – os quais seriam, em tese, praticados pelo Estado – que possam vir a prejudicar a dignidade. Já o dever de proteção implica no dever do Estado de defender a dignidade contra qualquer forma de violação, podendo esta ser praticada por qualquer indivíduo¹⁰⁸. Por fim, o dever de proteção atine à imposição ao Estado de fornecer aos seus cidadãos meios de usufruir de uma vida digna¹⁰⁹.

A violação à dignidade se consuma quando uma pessoa deixa de ser vista como um ser humano e passa a ser usada como um mero meio para se chegar a um determinado fim¹¹⁰. Contudo, Novellino explica que, às vezes, é necessário que o Estado, ao tomar suas decisões, adentre o espaço da autonomia privada do indivíduo para, porém isto não deve significar, necessariamente, que houve uma

¹⁰⁴ NOVELINO, Marcelo, *Direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012, p. 376.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ NOVELINO, Marcelo, *Direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

violação a sua dignidade¹¹¹. Por conta disso, o Tribunal Constitucional da Alemanha posicionou-se no sentido de que apenas ocorrerá violação ao princípio da dignidade da pessoa humana quando o indivíduo – sujeito ativo do princípio supramencionado – for usado pelo Estado de forma a sofrer desprezo¹¹².

¹¹¹ NOVELINO, Marcelo, *Direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012, p. 377.

¹¹² *Ibidem*.

2 O DIREITO À MORTE DIGNA

Sabe-se que o médico é quem possui o dever legal de atuar no sentido de salvar a vida de seu paciente, em outras palavras, é quem possui a responsabilidade da cura e, portanto, quem mais sentirá o peso do fracasso caso, por ventura, vier a falhar no tratamento no qual está trabalhando e, assim, assistir seu enfermo vir a óbito¹¹³. Nesse sentido, é mister que o profissional da área saiba escolher a melhor modalidade a ser usada em cada caso específico, devendo também analisar a sua eficácia, bem como os riscos e, sobretudo, as preferências de seu paciente, não podendo estas – de forma alguma – serem ignoradas¹¹⁴.

Destarte, é de suma importância que a sociedade busque conhecimento através de fontes confiáveis acerca das modalidades supracitadas as quais podem vir a ser usadas pelos médicos, uma vez que podem, em algum momento de suas vidas, assumirem o lugar de enfermo daqueles ou, ainda, de amigos e familiares do paciente em questão.

Nada obstante, ao tomar os devidos cuidados paliativos, conforme bem analisado acima, o médico deve tornar como seu principal enfoque o alívio do sofrimento de seu enfermo, não se permitindo guiar por meros palpites ou achismos e sim por, devendo – por bem – sempre consultar os familiares de seu paciente acerca de suas opiniões a respeito do tratamento que, por este, é visado, e, nessa esteira, buscar conhecer qual seria a decisão do enfermo acerca da suposta solução a ser usada.

2.1 EUTANÁSIA

Etimologicamente, o termo eutanásia traduz-se em boa morte ou morte sem dor, tranquila, sem sofrimento¹¹⁵. Tal expressão é usada para quando um

¹¹³ BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Exposição de motivos da resolução CFM nº 1805/2006 de 28 de novembro de 2006*. Dispõe sobre a prática da ortotanásia. Brasília, 2006. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em 19 set. 2015.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. Salvador: Revista dos Tribunais, 2001. p. 283-305, p. 285.

indivíduo está acometido de uma doença tão grave e de cura improvável que seu médico, tomado por um sentimento de piedade, atua sobre o estado em que seu enfermo se encontra de modo a adiantar sua provável morte para, assim, poupá-lo do sofrimento e agonia que tal doença lhe proporciona¹¹⁶.

Citado por Luciano de Freitas, Leonard Martin defende que:

“[...] o termo eutanásia seja reservado apenas para o ato médico que, por compaixão, abrevia diretamente a vida do paciente com a intenção de eliminar a dor e que outros procedimentos sejam identificados como expressões assassinato por misericórdia, mistanásia, distanásia ou ortotanásia conforme seus resultados, a intencionalidade, sua natureza e circunstâncias.”¹¹⁷

Desta forma, é correto afirmar que apenas pode se falar em eutanásia quando há a presença de: a) uma doença incurável; b) um paciente acometido de forte sofrimento. Caso não haja algum desses requisitos, então a hipótese de ocorrência de eutanásia é logo afastada. Ademais, como já salientado acima, uma forte característica da eutanásia é que esta ocorre mediante um sentimento de compaixão do médico para com seu paciente a ponto deste querer agir de forma a encurtar o sofrimento daquele¹¹⁸.

A eutanásia pode ser ativa ou passiva¹¹⁹. A eutanásia ativa consiste em uma ação por parte do médico, o qual age diretamente sobre o estado do paciente visando atingir seu objetivo, qual seja, cessar a dor de seu enfermo¹²⁰. Luciano de Freitas cita, dentro desse contexto, o exemplo do médico que ministra doses letais de drogas ao seu paciente. Noutra banda, há a definição de eutanásia passiva, a qual traduz-se em uma conduta omissiva do médico, que interrompe/suprime tratamentos aplicados em seu paciente, os quais o mantem vivo e – consequentemente – perpetuam sua dor¹²¹.

¹¹⁶ FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Tutela penal do direito à vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹¹⁷ Ibidem, p. 117.

¹¹⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. Salvador: Revista dos Tribunais, 2001. p. 283-305.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ Ibidem.

No tocante à eutanásia ativa, é mister mencionar que esta ainda pode ser subdividida em direta e indireta¹²². A primeira refere-se a atos praticados com o intuito de atingir a morte do paciente. Em contrapartida, a segunda alude a circunstância em que são utilizados métodos para cessar o sofrimento e a dor do paciente, os quais, conseqüentemente, acabam por acelerar a morte do supracitado, trazendo-o a óbito¹²³.

A corroborar o disposto acima, insta transcrever o entendimento de Luciano de Freitas, que preleciona, literalmente:

“A eutanásia ativa indireta não pode ser confundida com a eutanásia ativa direta, porque a conduta de injetar um fármaco com a finalidade de abreviar a vida obviamente não é a mesma que a ação do médico de aplicar analgésicos para aliviar a dor e o sofrimento mas que, com efeito secundário certo ou necessário, levará à abreviação da vida do paciente, é dizer, será a causa do evento morte”¹²⁴.

Vale mencionar que o ordenamento jurídico brasileiro não pune a prática da eutanásia ativa indireta, pois, apesar desta levar ao falecimento do paciente, ela não é praticada com tal intuito – a morte é mera consequência¹²⁵. A verdadeira finalidade da eutanásia ativa indireta é cessar a dor que sofre o paciente. Ou seja, o médico lhe aplica medicamentos e demais tratamentos a fim de fazer com que seu paciente pare de sofrer, o que, indiretamente, acaba o levando à óbito¹²⁶. Logo, como é cediço, o profissional não poderia agir de outra forma diante do sofrimento de seu paciente¹²⁷. “Trata-se, novamente, do conflito entre vida e dignidade da pessoa humana e, como visto alhures, apesar de ambas serem relativas, esta prevalecerá sobre aquela”¹²⁸.

Os defensores da eutanásia se apoiam no argumento de que o ser humano, sendo um ser autônomo e competente, deve ter a sua liberdade de escolha respeitada¹²⁹. Logo, assim sendo, se, por ventura, este vier a outorgar poderes para que outrem – devidamente competente para tanto – venha a cessar a sua vida caso encontre-se sob uma dor intensa, proveniente de uma doença cuja cura é

¹²² SANTORO, Luciano Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Ibidem, p. 119.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ SANTORO, Luciano Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Ibidem, p. 119.

¹²⁹ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

improvável, deve ter a sua decisão respeitada por todos e, sobretudo, pelo profissional a quem os supracitados poderes foram outorgados¹³⁰.

Agasalhado nesse entendimento, sabe-se também que a eutanásia liberta o paciente de um sofrimento extremo, desfazendo o elo que o acorrenta a uma vida sem qualidade, que não pode mais lhe proporcionar comodidade sob nenhum aspecto – portanto, uma vida não mais digna¹³¹. Nessa acepção, é possível dizer que a prática da eutanásia está em conformidade com a dignidade da pessoa humana.

Em contrapartida, os que não concordam com a eutanásia sustentam sua crença ao afirmarem que a vida, enquanto presente de Deus e como um produto da natureza, não pode ter seu fim antecipado sob nenhuma circunstância, nem mesmo com a expressa autorização de seu detentor¹³².

Ademais, a prática da eutanásia, com o passar do tempo, afetaria a relação médico-paciente ao acarretar desconfiças daquele para com este¹³³. Nesse sentido, o paciente, ao se submeter a um tratamento, seria acometido por um receio fundamentado de que o médico, talvez, não estivesse usando de todos os meios disponíveis para assegurar a sua vida, uma vez que – nesse contexto – a eutanásia seria permitida¹³⁴.

Os severos críticos desta prática sustentam seus motivos também com base no fato de que a eutanásia, a depender do caso, não seria praticada com o propósito pelo qual fora criada – parentes e demais conhecidos do paciente poderiam vir tentar convencer o médico de que esta era a vontade do enfermo, visando seguros de vida, herança, dentre outros¹³⁵. Da mesma forma, o doente pode vir a sofrer uma pressão psicológica advinda de outros ou de si mesmo ao notar seus amigos e familiares preocupados com a sua presente situação e, nessa esteira,

¹³⁰ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹³¹ Ibidem.

¹³² Ibidem.

¹³³ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Ibidem.

acreditar que o melhor seria pôr fim a sua própria vida para desprendê-los do encargo que este acredita ser¹³⁶.

2.2 ORTOTANÁSIA

A ortotanásia vai de encontro à eutanásia, já visto acima, e à distanásia, que, em uma explicação resumida, consiste no prolongamento da vida humana através de tratamentos e métodos artificiais daquele que encontra-se sob forte sofrimento por conta de uma doença incurável¹³⁷, algo a ser visto de forma mais detalhada mais adiante. Sua explicação encontra-se no fato de que a ortotanásia é totalmente contra o prolongamento da vida ou a antecipação da morte mediante métodos não naturais, sendo estes aplicados normalmente por médicos, quando a vida do paciente já está predestinada ao seu fim¹³⁸.

Antes de aprofundarmos no tema, é necessário termos em mente o conceito etimológico da expressão em epígrafe, o qual adveio de dois termos, quais sejam, “*orthos*” (correto) e “*thanatos*” (morte)¹³⁹. Logo, ortotanásia refere-se à boa morte. Traduzindo em melhores termos, significa dizer que a ortotanásia é a favor da vida seguir seu curso natural, sem artifícios para encurtá-la ou prolongá-la, sendo que este último, além de prolongar uma vida que já não trará mais nenhum benefício ao seu titular, também é “caracterizado pelo intenso sofrimento a que se submete inutilmente o paciente, já que seu quadro mórbido não será revertido.”¹⁴⁰

Desta forma, a ortotanásia não apenas se abstém da utilização de meios que prolongam uma vida que já não encontra mais seu sentido de ser, sendo que estes levariam ao desgaste físico e psicológico do paciente e de seus familiares por implicarem em tratamentos que tão apenas prolongariam a vida do enfermo e, conseqüentemente, perpetuariam um sofrimento desnecessário, como também implica em cuidados por parte do médico para com seu paciente, que, apesar de ser portador de uma doença incurável, possui o direito de ter uma morte digna, sem

¹³⁶ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹³⁷ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005

¹³⁸ SANTORO, Luciano Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ SANTORO, Luciano Freitas, op. cit., p. 133.

sofrimento¹⁴¹. Esse, então, é o papel do médico na ortotanásia – prestar assistência ao paciente para que este tenha uma morte praticamente indolor e sem sofrimento, morte esta já certa ao se ter em vista o quadro clínico em que se encontra¹⁴².

Devido aos motivos apresentados, há quem diga que a ortotanásia está em consonância com o que preceitua o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que ela não prolonga e nem antecipa a morte, pelo contrário, a permite acontecer ao seu modo e ao seu tempo, não interferindo, assim, no curso natural da vida; contudo, oferece cuidados ao paciente para que este não sofra e apresente o mínimo desgaste possível ao longo do processo que culminará em seu falecimento¹⁴³. Nas palavras de Luciano de Freitas, a ortotanásia aceita que “tendo iniciado o processo mortal, deve-se continuar a respeitar a dignidade do ser humano, não submetendo o paciente a uma verdadeira tortura terapêutica”¹⁴⁴.

Os requisitos para que ocorra ortotanásia são: a) início do processo mortal e b) inexistir qualquer outra forma de salvar a vida do paciente. Caso haja qualquer meio de salvar a vida do paciente, ainda que o percentual de sucesso seja baixo, o médico tem a obrigação de investir no tratamento, persistindo até não haver mais qualquer meio disponível para salvar o paciente¹⁴⁵.

Nessa continuidade, vislumbra-se presente na ortotanásia, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, uma vez que o médico deve sempre prestar auxílio ao seu paciente, buscando seu conforto e a cessão de eventual dor e sofrimento que este possa estar passando¹⁴⁶. Desta forma, ainda que seja certo que a doença que o enfermo porta vá levá-lo à óbito, tal fato não obsta a obrigação do profissional de continuar prestando a assistência necessária para que este, assim sendo, ao menos tenha uma morte digna, indolor. “Reconhece-se, assim, a condição de que somos mortais. Reconhece-se, também, que o conhecimento biomédico é limitado.”¹⁴⁷.

¹⁴¹ SANTORO, Luciano Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ SANTORO, Luciano Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 133.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ SANTORO, Luciano Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 133.

2.3 DISTANÁSIA

Conforme já fora analisado, a eutanásia significa, em breves termos, a antecipação da morte, sem sofrimento, do paciente. Já a ortotanásia atine a não antecipação da morte e/ou prolongamento da vida, permitindo que ambos sigam seu curso natural, embora a assistência profissional esteja sempre presente¹⁴⁸. Por fim, a distanásia se refere ao prolongamento da vida humana, com sofrimento, através de métodos artificiais, sem que – contudo – tenha o paciente qualquer previsão de melhora¹⁴⁹.

Na distanásia, o médico se utiliza de todos os meios viáveis para prolongar a vida do paciente que se encontre em estado terminal e irreversível¹⁵⁰. Os meios que são utilizados não farão com que o paciente saia do estado em que se encontre, apenas o manterá nele, sem cessar o sofrimento que o enfermo esteja passando, mantendo-o vivo por meio de aparelhos e adiando a morte do paciente, que se daria, em outras condições, naturalmente¹⁵¹.

Os avanços tecnológicos em muito contribuíram para a sociedade, pois, dentre tantos benefícios, nos trouxe a cura para diversas doenças que, até então, eram incuráveis¹⁵², como o câncer e a tuberculose, que, se identificadas no início, podem ser tratadas. Contudo, se, por um lado, esses avanços trouxeram significativas melhoras em doentes que antes não viam cura para o que tinham, por outro trouxeram meios de perpetuar vidas que já não possuem qualquer qualidade, prolongando também, desta forma, a dor dos pacientes, sem que se enxergue qualquer melhora, sendo certo de que não haverá cura para estas doenças¹⁵³.

Desta forma, mantendo o doente na situação descrita acima, em que não há e nem haverá previsão de cura, sem sequer cessar seu sofrimento ou a dor por ele sentida, prolongando artificialmente a sua agonia, discute-se se a distanásia não iria de encontro com a dignidade humana, dado que a sua preocupação é quantitativa e não qualitativa, ou seja, seu enfoque está direcionado para quanto

¹⁴⁸ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ SANTORO, Luciano Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ SANTORO, Luciano Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

tempo o paciente permanecerá vivo e não para a qualidade de vida que este terá¹⁵⁴. Nesse sentido, observa Edson Tetsuzo que “a valorização da vida tende a se traduzir numa preocupação com o máximo de prolongamento da quantidade de vida biológica e no desvio de atenção da questão da qualidade da vida prolongada.”¹⁵⁵.

A distanásia pode também ser definida como obstinação terapêutica, de acordo com os europeus, ou, ainda, medicina ou tratamento fútil, conforme denominam os nortes americanos¹⁵⁶. Pode, ainda, ser analisada por duas perspectivas: Pela visão do tecnocientífico e pela visão do comercial-empresarial da medicina¹⁵⁷. Vejamos.

Pelo paradigma tecnocientífico, encontra-se em evidência o enfoque que a medicina dá às enfermidades que o ser humano pode, eventualmente, sofrer ao longo de sua vida. Nesse sentido, sua atenção estaria direcionada à cura dessas doenças, ainda que tenha que sacrificar a qualidade de vida do paciente, deixando em segundo plano os cuidados para com o enfermo¹⁵⁸.

Já pelo paradigma comercial-empresarial da medicina, destaca-se o lucro gerado aos hospitais e seus empregados com a prática da distanásia, tendo em vista que o paciente e seus familiares teriam que arcar com as despesas provenientes da manutenção daquele na respectiva instituição hospitalar¹⁵⁹.

Caso, por ventura, ocorra alguma discordância entre a vontade do paciente e a vontade de seus familiares no que atine à prática da eutanásia, é possível nomear um curador para o enfermo para que este ajuíze uma ação na Justiça buscando a interrupção do prolongamento da vida, por meios artificiais, de seu representado, permitindo que a morte certa do doente siga o seu curso natural¹⁶⁰.

Há autores, como Luciano de Freitas, Edison Tetsuzo e Roxana Cardoso Brasileiro, que defendem que a prática da distanásia é uma decisão errada a se tomar mediante o quadro clínico de um paciente terminal. Nessa acepção, Luciano

¹⁵⁴ SANTORO, Luciano Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

¹⁵⁵ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Ibidem.

de Freitas afirma que a distanásia trata-se “de um tratamento fútil”¹⁶¹ e que leva o paciente “a uma morte tardia, repugnante”¹⁶². Nesse mesmo sentido, acredita Edson Tetsuzo que o melhor a se fazer “é preparar a pessoa para que possa, com conforto e tranquilidade, aguardar o fim de sua existência.”¹⁶³. Corroborando a opinião dos supracitados autores, Roxana Cardoso afirma que a distanásia “é expressão da obstinação terapêutica pelo tratamento e pela tecnologia, sem a devida atenção em relação ao ser humano”¹⁶⁴.

Para compreender a distanásia com melhor clareza, é possível exemplificá-la com um estado clínico, o qual todos, em algum momento, já ouviram falar a respeito ou o presenciaram em familiares ou conhecidos – o estado terminal.

Não há, na doutrina, um entendimento pacífico acerca da definição de paciente terminal. Para Maria Elisa, o paciente terminal é aquele que “[...] encontrando-se já em fase tal de sua patologia, evoluirá inexoravelmente para o óbito, sem que haja nenhum recurso médico capaz de evitar esse desfecho”¹⁶⁵, já Renata Oliveira afirma que, “em uma primeira análise, podem ser conceituados como aqueles que se encontram em processo de morte, cuja sobrevivência faz-se dependente de meios artificiais e do manejo de drogas específicas”¹⁶⁶. Oliveira também transcreve a definição de Gutierrez para a referida expressão, em que este afirma que “a terminalidade [...] é quando se esgotam as possibilidades de resgate das condições de saúde do paciente e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível.”¹⁶⁷.

O estado em que se encontra o paciente terminal é de grande embate no âmbito jurídico, isto se dá pelas condições em que o paciente é obrigado a permanecer sem que, contudo, haja qualquer previsão de melhora e a morte próxima seja certa.

¹⁶¹ SANTORO, Luciano Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 130.

¹⁶² Ibidem, p. 131.

¹⁶³ NAMBA, Edison Tetsuzo, op. cit., p. 221.

¹⁶⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. Salvador: Revista dos Tribunais, 2001. p. 283-305.

¹⁶⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 36-37.

¹⁶⁶ MENEZES, Renata. *Ortotanásia: O Direito à Morte Digna*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 47.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 49.

Dentre as perdas sofridas pelo paciente terminal, Drane e Pessini definiram algumas, classificando-as em grupos. Nas palavras de Renata Oliveira, esses grupos resumem-se em quatro. Confira:

- a) Perda do poder físico – O paciente terminal não possui a mesma força e disposição que um indivíduo saudável possui. Sua condição, por si só, o enfraquece, o deixando vulnerável às ameaças externas;
- b) Perda do poder espiritual – Por conta da sua doença, o paciente terminal fica impossibilitado de realizar hábitos que, antes, integravam seu cotidiano. Desta forma, sua rotina fica seriamente comprometida e o paciente deixa de trabalhar e realizar as demais atividades do que antes era a sua rotina. Com isto, o enfermo abre mão de parte relevante de sua vida;
- c) Perda do poder ético – A doença que acontece o paciente terminal o torna incapaz de tomar as rédeas de sua própria vida. Enquanto pessoas saudáveis elaboram planejamentos e tomam suas próprias decisões, os pacientes terminais precisam de alguém para fazer isso pra eles. Sua liberdade de escolha é destruída ou significativamente perdida;
- d) Perda do poder social – O paciente terminal não socializa-se com outros, exceto com médicos, enfermeiros e demais técnicos, auxiliares e profissionais da área.

2.4 MISTANÁSIA

A mistanásia – ou, ainda, eutanásia social, é “a morte do miserável, fora e antes de seu tempo, que nada tem de boa ou indolor”¹⁶⁸.

A mistanásia é subdividida em: Mistanásia por omissão de socorro; mistanásia por imperícia; mistanásia por imprudência; mistanásia por negligência; e, por fim, mistanásia por má prática¹⁶⁹.

A primeira hipótese, a mistanásia por omissão de socorro, descreve aquela situação em que o indivíduo, apesar de ser portador de uma doença curável,

¹⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 352

¹⁶⁹ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

não consegue obter o tratamento que necessita, uma vez que encontra-se impossibilitado de ter acesso ao sistema de saúde, devido à ausência ou precariedade deste¹⁷⁰. Consequentemente, vem a falecer posteriormente, mediante dor e sofrimento, os quais poderiam ter sido perfeitamente evitados¹⁷¹.

A mistanásia por imperícia, imprudência e por negligência abarca o cenário de quando o paciente, apesar de conseguir acesso ao sistema de saúde, vem à óbito por conta de erros médicos¹⁷².

Nesse interim, a mistanásia por imperícia caracteriza-se “quando o doente falece por falta de atualização do conhecimento médico”¹⁷³. A mistanásia por imprudência ocorre quando o médico, sem examinar o paciente, lhe prescreve medicamentos e tratamentos que acabam por levá-lo à óbito¹⁷⁴. Já a mistanásia por negligência tange à hipótese do médico que não prescreve um tratamento que sabe ser necessário ao paciente e do médico que abandona o enfermo que encontra-se em estado crônico ou terminal¹⁷⁵.

A última hipótese de mistanásia – a mistanásia por má prática – concretiza-se quando o médico e/ou seus auxiliares, de modo consciente, se utilizam de seus conhecimentos para tirar algum proveito do doente¹⁷⁶, em benefício próprio ou alheio, menosprezando a sua dignidade e vindo a interferir nos direitos do paciente, acabando por lhe culminar em uma morte dolorosa e precoce¹⁷⁷. Luciano de Freitas explica de forma mais detalhada esta modalidade ao citar o exemplo de um médico que submete um paciente, que ainda não teve sua morte encefálica decretada, a uma cirurgia de retirada de órgãos com o objetivo de cedê-los a outra pessoa¹⁷⁸.

¹⁷⁰ SANTORO, Luciano Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia, Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellleutanasia.htm>. Acesso em: 02 out. 2015.

¹⁷³ NAMBA, Edison Tetsuzo, *Manual de Bioética e Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 224.

¹⁷⁴ Ibidem.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ SANTORO, Luciano Freitas, op. cit.

¹⁷⁷ NAMBA, Edison Tetsuzo, op. cit.

¹⁷⁸ SANTORO, Luciano Freitas, op. cit.

2.5 SUICÍDIO ASSISTIDO

No suicídio assistido, o paciente, consciente de seus atos, solicita auxílio de um terceiro para que, assim, consiga se matar¹⁷⁹.

Imperioso se faz ressaltar que, para que se tenha uma hipótese de suicídio assistido, é estritamente necessário que o terceiro preste assistência à vítima, lhe fornecendo meios necessários para que ela consiga atingir o seu objetivo – a morte. Este fornecimento se dá através da entrega de objetos ou, ainda, de meios morais, sendo estes diversos do induzimento ou da instigação, nos quais o terceiro poderá, por exemplo, instruir a vítima a como atingir a sua finalidade¹⁸⁰. Ademais, a vítima precisa ser portadora de uma doença incurável, a qual lhe promove um agonizante sofrimento e intensa dor¹⁸¹. Por fim, o terceiro, na hipótese em epígrafe, apenas presta assistência à vítima por piedade, deixando-se guiar por um sentimento misericordioso para com esta¹⁸².

Nota-se que, no suicídio assistido, o desejo de se matar já está plantado na mente da vítima. Esta sabe muito bem do que quer, está consciente de seus atos, ninguém a induziu a chegar naquela conclusão. Tendo o doente, por si só, concluído que a melhor decisão a se tomar é suicidar-se, então pede auxílio a um terceiro que, ao presenciar o sofrimento e o estado em que a vítima se encontra, aceita lhe assistir¹⁸³.

Nesse sentido, leciona Luciano de Freitas:

“Portanto, no suicídio assistido, como o próprio nome já diz, o paciente é apenas assistido em sua hora final, executando ele mesmo a conduta que o levará à morte (...)”¹⁸⁴

É de grande valia esclarecer que não há como ser afirmado, indubitavelmente, que, no suicídio assistido, há o desrespeito à dignidade do paciente por parte do assistente, ao revés, a assistência apenas é prestada porque o

¹⁷⁹ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁸⁰ SANTORO, Luciano Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ SANTORO, Luciano Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 125.

agente nota que a vítima encontra-se em meio a uma vida sem qualidade, movida por dor e sofrimento, decorrente de uma doença incurável¹⁸⁵.

O suicídio assistido diferencia-se do homicídio consentido pelo fato de que, neste, o paciente não age sobre sua morte, apenas aguarda o médico assim fazê-lo; já no suicídio assistido, o paciente é o principal autor de sua morte, executando ele mesmo praticamente todos os atos que o levará ao falecimento, sendo auxiliado apenas nos momentos finais¹⁸⁶.

Um caso de suicídio assistido ocorreu na Espanha, no ano de 1998. Um homem chamado Ramon Sampredo, em um dia, optou por ir mergulhar, contudo não sabia que tratava-se de águas rasas, o que lhe ocasionou um grave acidente, resultando em sua tetraplegia. Ramon chegou a permanecer nesta condição por 29 anos, tendo, por todo esse tempo, manifestado expressamente a sua vontade de morrer. Interessante notar que Ramon, apesar de ter desgosto pela vida, não era um indivíduo depressivo e não possuía qualquer outra doença semelhante; pelo contrário, havia relatos de que ele adorava ler e escrever poemas, bem como de que estava sempre rodeado de amigos e o seu intuito de pôr fim a sua vida era sempre manifestado de forma clara e determinada¹⁸⁷.

Não mais aguentando permanecer na condição de deficiente físico, Ramon formulou um pedido em juízo, no qual consistia em auxílio para vir à óbito, uma vez que sua condição não o permitia fazer isto sozinho. O juiz negou o pedido de Sampredo, o que o fez pedir a mesma ajuda para seus amigos, os quais não eram profissionais da área. Seus amigos, então, movidos por um sentimento de compaixão e solidariedade, se apiedaram de Ramon e o auxiliaram. Um plano, em conjunto, fora elaborado, em que cada um ficou responsável por uma tarefa. O plano obteve êxito e Ramon Sampredo morreu ao ingerir veneno por um canudo colocado em sua boca por um amigo. Contudo, Ramon teve o cuidado de elaborar uma carta explicando a sua decisão e de gravar seu ato do início ao fim, deixando claro que

¹⁸⁵ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁸⁶ SANTORO, Luciano Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

¹⁸⁷ VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ninguém tinha o forçado a beber aquele veneno. Uma amiga da vítima chegou a ser indiciada, contudo foi absolvida por falta de provas¹⁸⁸.

O auxílio ao suicídio encontra seu fundamento no paciente que, após receber toda assistência necessária dos médicos e seus auxiliares, opta, por si mesmo, por colocar fim a sua vida, pois não se encontra feliz e confortável com a sua situação atual – trata-se de uma quebra de expectativa do que era esperado e do que se vive¹⁸⁹. Para o paciente que possui este pensamento, ter que vivenciar a sua realidade é um fardo e não um prazer, algo que se faz com vontade. Logo, para ele, a morte deixa de ser uma opção para se tornar a única solução viável para seu problema¹⁹⁰.

2.6 MORTE

Trata-se a morte de um acontecimento certo na vida de todos os seres vivos, não apenas dos seres humanos, contudo a morte nunca foi vista como um mero acontecimento físico. Desta forma, foram elaboradas diversas teorias acerca do momento de sua concretização, além de rituais que pudessem vir a auxiliar os amigos e familiares dos que vieram a falecer com a dor de sua perda. Esses rituais podem ser exemplificados com o funeral, a missa de sétimo dia, o enterro, a cremação, dentre outros, sendo esses rituais praticados tão apenas por humanos, uma das características que nos diferenciam dos animais¹⁹¹.

É mister para o paciente que, por ser acometido de uma doença incurável e que lhe traz intensa dor e grande sofrimento, pretende colocar fim à sua vida, a exata definição de morte, uma vez que é essa indefinição que traz o debate jurídico consistente na possibilidade deste poder dispor sobre a sua vida, não tendo um entendimento pacífico acerca do tema¹⁹².

Nesse interim, os juristas acabam por fornecer definições vagas acerca da morte, com eventuais discordâncias entre si, e deixam a palavra final para o

¹⁸⁸ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ MENEZES, Renata. *Ortotanásia: O Direito à Morte Digna*. Curitiba: Juruá, 2015.

¹⁹² Ibidem.

médico¹⁹³. Celso Luiz, por exemplo, definiu a morte como “a cessação dos fenômenos vitais pela parada das funções cerebral, respiratória e circulatória”¹⁹⁴, entretanto Calixto Machado conceituou a morte como “elemento definidor do fim da pessoa, não pode ser explicitada pela parada ou falência de um único órgão, por mais hierarquizado e indispensável que ele seja.”¹⁹⁵

Por muito tempo, a morte foi compreendida como a parada permanente dos funcionamentos vitais, e assim o mundo jurídico a interpretava, sem achar necessário entrar em detalhes. Esta definição prevaleceu por algum tempo, contudo, com a chegada do transplante de órgãos e tecidos, tornou-se estritamente necessário aprofundar-se no tema e saber o exato momento em que a morte de uma pessoa ocorre¹⁹⁶.

2.6.1 Morte aparente

A morte aparente é caracterizada quando o paciente, apesar de já ter ingressado no processo mortal, não possui um quadro clínico no qual se possa basear para constatar a sua morte. Isto é, não há uma falência definitiva das suas funções orgânicas. Vanrell, de acordo com Maria Elisa, possui várias classificações acerca dos estados de morte aparente, classificações estas que vão de “estados fronteiriços” a “estados intermediários entre a vida e a morte”¹⁹⁷. Esses estados possuem duração variável, podem durar um mês como também podem durar anos, vai depender do quadro clínico de cada paciente.

Na morte aparente, o paciente apresenta um quadro clínico que fornece expectativas de melhora tão extremamente baixas que chega a se assemelhar à morte real¹⁹⁸. Entretanto, esse quadro sofre alteração ao longo do tempo, uma vez

¹⁹³ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹⁹⁴ MARTINS, Celso Luiz. *Medicina legal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 121.

¹⁹⁵ MACHADO, Calixto. *Diagnosis of brain death*, 2010. Disponível em: <<http://www.pagepress.org/journals/index.php/ni/article/view/ni.2010.e2/1842>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

¹⁹⁶ MENEZES, Renata. *Ortotanásia: O Direito à Morte Digna*. Curitiba: Juruá, 2015.

¹⁹⁷ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa, op. cit., p. 28.

¹⁹⁸ Ibidem.

que uma das principais características da morte aparente é a transitoriedade¹⁹⁹. Coma e estado vegetativo são exemplos desta classificação.

É imprescindível destacar que a morte aparente, além de possuir caráter transitório, é também definida por seu potencial de reversibilidade²⁰⁰. Logo, o paciente que se encontra nesse estado, embora possa apresentar péssimas condições de sobreviver inicialmente, possui chances não apenas de melhorar seu quadro clínico como também de sair completamente do atual estado que se encontra, voltando a ser um indivíduo inteiramente saudável²⁰¹.

O paciente em estado de morte aparente, apesar das condições em que se encontra, não deixa de possuir seu direito à vida, sendo este um direito fundamental garantido pela Constituição a todos os cidadãos. O médico não deve, em hipótese alguma, agir com fins de óbito no que atine ao seu paciente – pelo contrário, sua obrigação profissional é tentar, por todos os meios disponíveis e ao seu alcance, reverter o quadro apresentado pelo paciente para que ele não evolua para a morte real²⁰².

2.6.2 Morte encefálica

É certo que a massagem cardíaca, o desfibrilador e as drogas cardiotrópicas têm o poder de reviver a função cardíaca²⁰³. Da mesma forma, a ventilação artificial, sendo esta realizada manualmente ou através de aparelhos, conseguem realizar a oxigenação orgânica²⁰⁴. Contudo, a medicina ainda não descobriu uma fórmula de restaurar o sistema nervoso que não mais opera²⁰⁵.

O paciente, quando possui lesionada apenas a área cortical, embora tenha como comprometidas de forma definitiva as funções de comunicação, sensibilidade, cognição e raciocínio, ainda mantém em funcionamento a respiração e

¹⁹⁹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² Ibidem.

²⁰³ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ Ibidem.

a circulação²⁰⁶. Nessa hipótese, há a possibilidade do paciente, ao ter seu quadro clínico estabilizado, ingressar no estado vegetativo e lá permanecer por tempo indeterminado, chegando a durar anos²⁰⁷.

Quando, porém, a lesão atinge também o tronco encefálico, o organismo do paciente perde o controle das funções supracitadas, quais sejam, circulação e respiração. Estas só poderão ser mantidas por métodos artificiais e, ainda assim, de forma temporária, pois o paciente tenderá à deterioração e à falência de seus órgãos²⁰⁸. É exatamente neste ponto, quando o tronco encefálico foi lesionado irremediavelmente e o paciente apenas mantém suas funções de circulação e respiração em funcionamento por conta de aparelhos, é que se situa a morte encefálica²⁰⁹. Nesta fase, é permitido a remoção de órgãos para fins de transplante, caso o paciente seja doador²¹⁰.

É necessário atentar-se para a diferença entre morte encefálica e morte cerebral. A medicina entende por cérebro apenas a área superior do sistema nervoso central. Por outro lado, a morte encefálica compreende também o tronco encefálico e o cerebelo²¹¹.

Nesse sentido, leciona Villas-Bôas:

“Anteriormente, fazia-se a distinção somente entre morte cortical e morte cerebral ou descerebração. A morte cortical é a perda irreversível da função cerebral superior, que permite as atividades intelectiva e sensitiva. (...) O que se chamava de morte cerebral ou descerebração equivaleria à cessação irreversível da atividade do sistema nervoso central como um todo, caracterizando o que hoje se denomina morte encefálica (...)”²¹²

Como já é sabido, na morte encefálica tanto o doador como o não doador possuem seus órgãos direcionados à falência, sendo privados destes. Contudo, quando se trata de um não doador, os aparelhos devem ser desligados, pois a

²⁰⁶ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²¹² Ibidem, p. 23.

função principal destes é manter os órgãos em funcionamento.²¹³ É até mesmo contraditório o paciente ter sua morte encefálica confirmada, ou seja, ter a certeza de que seus órgãos vão, irremediavelmente, parar de funcionar – se não é que já pararam, e ter aparelhos que servem para manter os seus órgãos em funcionamento ligados a ele. Esses aparelhos, no máximo, irão retardar a falência dos órgãos do paciente, mas não conseguirão salvá-los. Logo, não há sentido empregar esforços para manter os órgãos de um não doador, em estado de morte encefálica, em funcionamento, quando esses órgãos não vão poder ajudá-lo de nenhuma forma e nem mesmo salvar alguma outra vida²¹⁴.

Nesse mesmo sentido, se o médico, mesmo assim, optar por manter os aparelhos ligados a esse paciente, ele poderá ser enquadrado como sujeito ativo no artigo 212 do Código Penal, que trata de vilipêndio a cadáver, por estar, ainda que com boas intenções, manipulando e invadindo um corpo morto sem uma finalidade plausível²¹⁵.

O mesmo não se diz do doador de órgãos, pois, nesse caso, o uso dos aparelhos e a realização de exames podem ser justificados pela doação dos órgãos, que é feita nos termos da lei e com a autorização do paciente²¹⁶. Assim, os esforços empregados para manter os órgãos do doador, com morte encefálica, em funcionamento não se dão por causa do doador em si, para mantê-lo em bom estado apenas por manter; se dão em face do salvamento de outras vidas, que dependem do bom funcionamento dos órgãos desse paciente para, assim, eles possam chegar a elas em bom estado²¹⁷.

Nota-se que, quando os médicos desligam os aparelhos dos pacientes enquadrados nesta classificação, não estão cometendo qualquer delito contra a vida, bem como tal ato não enquadra-se na definição de eutanásia²¹⁸, uma vez que, na eutanásia, como já visto, o médico acelera o processo mortal do paciente em face de

²¹³ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²¹⁷ Ibidem.

²¹⁸ Ibidem.

seu sofrimento e dor e, no caso em epígrafe, o paciente já encontra-se morto e, conseqüentemente, não há qualquer dor ou sofrimento.

2.6.3 Morte clínica e biológica

Embora difícil seja definir a morte, sabe-se que ela não se dá por um fato isolado e sim por um conjunto de atos que findam no falecimento do indivíduo. “O organismo não morre todo a um só tempo: células morrem diariamente, enquanto outras podem manter suas funções durante algum tempo após o diagnóstico do óbito”²¹⁹. A problemática que envolve os aspectos jurídicos da morte e de suas classificações é a definição do momento exato em que ela se inicia e quais grupos celulares que, caso morram, levará o indivíduo, indiscutivelmente, ao mesmo fim²²⁰.

É nesse contexto que se encontra a definição de morte clínica, morte biológica e as características que lhes diferenciam.

Pois bem. A morte biológica tange ao momento em que as células, tecidos e órgãos que compõem o corpo humano morrem individualmente, acabando por findar na morte de todo o organismo²²¹. Não obstante, a morte clínica ocorre quando o indivíduo, em um sentido mais amplo, morre, “relacionando-se, segundo Vanrell, mais com o conceito habitual de fim da persona do que com a deterioração celular total”²²². Desta forma, por lógica, a morte clínica antecede a morte biológica, eis que o indivíduo pode vir à óbito, mas, ainda assim, ter determinadas células em funcionamento, as quais morrerão individualmente por meio da autodigestão enzimática²²³. Contudo, é a morte clínica que possui o maior peso no que atine à decretação da extinção da vida, haja vista que a vida já extinguiu-se mesmo com o funcionamento de algumas células após a ocorrência da morte clínica²²⁴.

Dizer que uma pessoa está viva é dizer que seu organismo está mantendo um padrão de funcionamento, em meio a um trabalho harmônico e

²¹⁹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005., p. 18.

²²⁰ Ibidem.

²²¹ Ibidem.

²²² Ibidem, p. 18.

²²³ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²²⁴ Ibidem.

ininterrupto, resultando na sobrevivência diária desta pessoa²²⁵. Porém, se há qualquer falha no trabalho que o organismo desenvolve, então haverá três saídas: o indivíduo poderá atingir a cura, poderá entrar em um estado crônico, como o estado vegetativo, por exemplo, ou poderá vir à óbito²²⁶. A terceira opção caracteriza-se por uma falha irremediável e definitiva em uma área vital do organismo humano, culminando, assim, na morte clínica²²⁷.

²²⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²²⁶ Ibidem.

²²⁷ Ibidem.

3 O TESTAMENTO VITAL E SUA EFICÁCIA

É de suma importância salientar que, embora não exista uma legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro que trate do testamento vital, este instituto aborda questões polêmicas no que diz respeito à sua validade, eis que dispõe acerca da vida de um ser humano. Como é cediço, os direitos fundamentais estão consagrados no artigo 5º da CRFB e, dentre eles, encontra-se o direito à vida, como já foi vastamente analisado acima. De acordo com o princípio que rege esse direito, não pode um cidadão dispor acerca de sua própria vida, pois este é o seu bem mais sagrado, bem como o mais importante dentre todos os demais direitos fundamentais previstos no respectivo artigo, pois, sem que se esteja vivo, não há como o indivíduo gozar dos outros direitos a ele atribuídos.

Contudo, há situações em que a vida do indivíduo pode-se encontrar comprometida, sendo este o caso do enfermo incurável, em que a postergação de sua morte certa não lhe trará nada a não ser dor e sofrimento, tanto para si como para os familiares.

Nesse diapasão, ao reconhecer o direito à vida digna e à autonomia da vontade do ser humano, pode-se perceber a notória contradição em submeter uma pessoa a um tratamento o qual não é de sua vontade e que tampouco trará de volta a sua vida a dignidade que uma vez existiu.

A autonomia do paciente constitui um dos princípios que regem a bioética e obriga os médicos a não intervirem no corpo do enfermo, tampouco lhe impor um tratamento que seja do seu desagrado, ainda que esteja revestido de boa-fé²²⁸.

Todavia, quando se adentra o campo da eutanásia, tal abordagem deixa de ser tão simplória e ganha aspectos mais controversos. Nesse cenário, questiona-se se o paciente terminal teria o direito de optar por não se submeter a tratamentos médicos que o manteriam vivo por não mais suportar o sofrimento que o acomete e por esses tratamentos não apenas não cessar esse sofrimento, como também

²²⁸ NEVES, Rodrigo Santos. *O Testamento Vital: Autonomia Privada X Direito à Vida*. Revista Síntese: direito de família. ano XV. n. 80. out./nov. 2013.

aumentá-lo, chegando a causar uma tortura psicológica no próprio enfermo e em seus familiares, por saber que os referidos tratamentos não o salvariam²²⁹.

3.1 VALIDADE E EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Inicialmente, cabe esclarecer o significado de negócio jurídico, que, em uma linguagem mais simplória – porém não menos jurídica – traduz-se em um acordo de vontade, que surte efeitos almejados por ela, com o intento de adquirir, modificar, transferir ou extinguir direitos²³⁰. Nesse diapasão, urge uma constituição de interesses em comuns das partes, a qual culmina em um fim negocial²³¹.

Como bem frisaram Farias e Rosenvald ao citarem Santoro-Passarelli, o negócio jurídico pode ser compreendido como “o ato de autonomia privada, com o qual o particular regula por si só os próprios interesses. Por outras palavras, é o ato regulamentador dos interesses privados”²³².

Ademais, é importante se ter em mente que o negócio jurídico se constitui de um conjunto de condutas pré-estabelecidas pelas partes no acordo em que firmam²³³, sendo que o agente que vier a praticar quaisquer dessas condutas, consequentemente, produzirá efeitos jurídicos ou terá a pretensão de alcançar determinados efeitos previstos em lei²³⁴.

Como já mencionado, o negócio jurídico é derivado da vontade humana, ou seja, da vontade das partes acordantes, sendo usado como meio para atingir/produzir efeitos jurídicos que são, por elas, desejados²³⁵. É exteriorizando suas vontades que os acordantes demonstram quais são seus interesses com a

²²⁹ NEVES, Rodrigo Santos. *O Testamento Vital: Autonomia Privada X Direito à Vida*. Revista Síntese: direito de família. ano XV. n. 80. out./nov. 2013.

²³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²³¹ Ibidem.

²³² Ibidem, p. 577.

²³³ Ibidem.

²³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit.

celebração daquele negócio jurídico. Nessa acepção, é correto afirmar que o negócio jurídico é destinado à satisfação de interesses privados²³⁶.

Contudo, apesar de haver interesses privados a serem satisfeitos com a celebração de um negócio jurídico, há também determinados deveres que as partes devem cumprir, independentemente de qual seja o objeto do negócio firmado. Esses deveres advêm da boa-fé subjetiva que é esperado que as partes contratantes tenham ao relacionarem-se entre si²³⁷. Um ótimo exemplo, fornecido por Farias e Rosenvald, é o caso da empresa que aceita que seu cliente realize o pagamento através de cheque pós-datado, contudo vem a depositá-lo antes da data prevista, ferindo a boa-fé subjetiva do contrato. Por conta de tal situação, é entendimento pacífico na jurisprudência a caracterização de dano moral no que tange à apresentação antecipada de cheque pré-datado, conforme Súmula 370 do STJ²³⁸. As partes contratantes, além de terem que se atentar com o cumprimento das obrigações oriundas do contrato, devem também preocupar-se em agir de forma a não causar prejuízos a terceiros²³⁹.

Já no que atine à classificação dos negócios jurídicos, observa-se que não há, na doutrina, uma única forma sistemática de categorizá-los, eis que há diversos critérios que podem ser adotados²⁴⁰. Nesse diapasão, adotar-se-á a classificação utilizada por Stolze e Pamplona, vislumbrada adiante.

Quanto ao número de declarantes, o negócio jurídico pode ser: a) unilateral – aperfeiçoa-se com apenas uma declaração de vontade, necessitando apenas de um sujeito, como ocorre no caso do testamento; b) bilateral – quando é necessário duas declarações de vontade, possuidoras de um mesmo objeto, contudo com interesses contrastantes, como percebe-se em um contrato de compra e venda; ou, ainda, c) plurilateral – deve haver o agrupamento de mais de duas

²³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²³⁷ Ibidem.

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ Ibidem.

²⁴⁰ Ibidem.

manifestações de vontade, manifestadas por diferentes indivíduos, com interesse harmônico, como no contrato de sociedade²⁴¹.

No que concerne aos titulares, o negócio pode ser: a) *inter vivos* – o contrato é celebrado e produz seus efeitos com os contratantes ainda vivos, embora algum deles possa, por ventura, vir a falecer, como no contrato de compra e venda – ou b) *causa mortis* – o contrato é celebrado com os contratantes ainda vivos, contudo seus efeitos são produzidos apenas após o falecimento de um dos contratantes, assim como se verifica no testamento²⁴².

No que se refere às vantagens patrimoniais reconhecidas às partes, o negócio jurídico pode ser: a) oneroso – há vantagem patrimonial para ambas as partes, exemplificando-se com o contrato de compra e venda; b) gratuito – há vantagem patrimonial para apenas uma das partes, sendo o exemplo da doação sem encargo; c) neutro – não há vantagem patrimonial para quaisquer das partes, como na gestação de útero alheio, a qual não possui qualquer envolvimento com patrimônio; ou d) bifronte – o negócio pode ser gratuito ou oneroso, a depender do objetivo das partes, como é o caso do contrato de depósito, que, embora seja, via de regra, gratuito, nada impede que os contratantes convençam remunerar o depositário, convertendo-se em oneroso²⁴³.

Vale mencionar que o contrato oneroso pode ser classificado, ainda, em comutativo ou aleatório, sendo que no primeiro há o prévio conhecimento das partes quanto às vantagens econômicas auferidas, como, por exemplo, na aquisição de um imóvel, enquanto que no segundo as partes desconhecem tais vantagens, sendo estas incertas e insabidas²⁴⁴.

Quanto à forma, o negócio pode ser: a) formal – quando é necessário que se obedeça algum requisito previsto em lei, como o casamento; ou b) informal – a forma exterior a qual tomará o negócio é livremente pactuada entre as partes²⁴⁵.

²⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ Ibidem.

²⁴⁵ Ibidem.

No que tange à importância, o negócio jurídico pode ser: a) principal – trata-se de quando o negócio jurídico possui existência própria, não depende de qualquer outro; ou b) acessório – sua existência depende de outro negócio jurídico, é subordinado a este. Um bom exemplo é o contrato de empréstimo (principal) e o de fiança (acessório)²⁴⁶.

No tocante à duração, poderá o negócio ser: a) instantâneo – os efeitos jurídicos serão todos surtidos em um único momento, como ocorre em um contrato de compra e venda à vista; ou b) de duração/trato sucessivo – os efeitos são prolongados no tempo, como em um contrato de compra e venda à prazo. Imprescindível se faz destacar que cabe revisão judicial por onerosidade excessiva a uma das partes apenas quando o negócio for de trato sucessivo, conforme conteúdo dos artigos 478 a 480 do CC²⁴⁷.

Quanto à causa, o negócio pode ser: a) causal – há um motivo específico e determinado para a celebração deste negócio; ou b) abstrato – não há causa predeterminada²⁴⁸.

Por fim, no que vincula-se à eficácia, o negócio jurídico pode ser: a) consensual – para que seja aperfeiçoado, basta a exteriorização da vontade dos contratantes; b) solene – quando a lei exige o cumprimento de algum requisito para que o negócio jurídico seja válido, nos termos do artigo 166 do Código Civil; ou c) real – o aperfeiçoamento do negócio depende da tradição, ou seja, da entrega do objeto do contrato²⁴⁹.

3.1.1 Plano de existência

No plano de existência, aborda-se os elementos constitutivos do negócio jurídico, elementos estes essenciais para a sua configuração. São esses elementos que dão forma ao negócio jurídico, sem os quais seria inviável se falar, neste

²⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ Ibidem.

²⁴⁹ Ibidem.

contexto, em ato, não podendo sequer adentrar no aspecto da validade e eficácia do respectivo negócio²⁵⁰.

Os elementos constitutivos do negócio jurídico são a manifestação de vontade, o agente que manifeste esta vontade, objeto e forma²⁵¹.

A manifestação de vontade pode ser expressa – ou seja, realizada através de atos – ou tácita – resultante de um comportamento omissivo do agente²⁵².

Contudo, há determinadas manifestações de vontade que, para emergirem seus efeitos, necessitam que a outra parte contratante tenha consciência de sua existência. Nesses casos, essas manifestações de vontade são denominadas de declarações receptícias de vontade²⁵³.

Outrossim, é interessante notar que a abstenção do agente pode surtir efeitos jurídicos a depender do caso. Oras, é a hipótese do mandato, em que o silêncio acarretará aceitação, bem como na hipótese de doação pura, em que o silêncio por parte do agente durante o prazo fixado implicará aceitação²⁵⁴.

Quanto ao agente emissor de vontade, é notório que, sem um sujeito, não haverá como ter um ato, eis que não terá parte contratante para realizá-lo. É de vital importância que tenha a presença de um dos acordantes para que haja negócio jurídico²⁵⁵.

Nada obstante, é primordial que haja um objeto, no qual os interesses das partes se concentrarão, encontrarão seu sentido de ser²⁵⁶.

Nesse interim, encontra-se a forma, que se traduz no meio pelo qual a vontade do agente irá ser exteriorizada, ou ainda a forma pela qual as partes contratantes tomarão conhecimento entre si de suas vontades²⁵⁷.

²⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² Ibidem.

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁵⁵ Ibidem.

²⁵⁶ Ibidem.

²⁵⁷ Ibidem.

Cabe aqui ressaltar a diferença entre a forma e forma legalmente prescrita. A forma, como já supracitado, é “o meio pelo qual a declaração se exterioriza”²⁵⁸, sendo que a sua inobservância implica na nulidade do negócio jurídico, atingindo diretamente o plano da existência. Noutra banda, a forma legalmente prescrita refere-se ao formato que a lei exige que encontre-se aquele negócio sob pena de invalidade, atingindo o plano de validade do referido negócio²⁵⁹.

3.1.2 Plano de validade

Após verificar-se que estão presentes os elementos constitutivos, preenchendo os requisitos necessários para a sua existência no mundo jurídico, pode-se partir para a análise do plano de validade, certificando-se os requisitos exigidos por li para que o negócio seja válido estão presentes²⁶⁰. Apontam Farias e Rosenvald que, “se se analisam os requisitos de validade, é porque estão presentes os elementos do plano de existência, necessariamente²⁶¹”.

Há um determinado conjunto de requisitos o qual o negócio jurídico deve preencher para que possa ser validado e, desta forma, produza efeitos. O ato ganha validade preenchendo esses requisitos e, nesse sentido, podendo adquirir, modificar ou extinguir direitos²⁶². Caso seja inválido, então não produzirá quaisquer efeitos²⁶³.

É neste plano que tomar-se-á consciência do alcance dos elementos constitutivos analisados no plano de existência, plano este responsável pela estrutura do negócio jurídico, diferentemente do plano de validade, que qualificará o negócio para que, só então, esteja apto para produzir efeitos²⁶⁴.

Os requisitos de validade do negócio jurídico são: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma adequada (prescrita ou não

²⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁶¹ Ibidem, p. 593.

²⁶² Ibidem.

²⁶³ Ibidem.

²⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

defesa em lei) e vontade exteriorizada conscientemente, de forma livre e desembaraçada²⁶⁵.

Em regra geral, o agente deverá ser capaz, todavia a lei, em determinados casos, poderá exigir que o agente preencha mais algum requisito para que só então seja certificado como capaz, sendo esta capacidade denominada pela doutrina de capacidade específica ou legitimação²⁶⁶. Um exemplo disso é o que ocorre com pessoas casadas, que, para alienar bens imóveis, precisam necessariamente da outorga de seu cônjuge²⁶⁷.

Nesse sentido, é necessário também que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável, não podendo, assim, ir de encontro à moral e aos bons costumes²⁶⁸.

Como é cediço, a forma a ser tomada pelo negócio jurídico pode ser livremente pactuada entre as partes contratantes, contudo a lei poderá, costumeiramente, exigir forma específica²⁶⁹, à luz do que dispõe o artigo 107 do CC: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir²⁷⁰.”.

Por fim, a vontade manifestada pelo agente deve ser explicitada de forma livre e sem embaraços, não podendo conter quaisquer vícios, comportamentos antiéticos ou agressão à autonomia privada²⁷¹. Caso haja algum desses três elementos, então estar-se-á diante dos chamados defeitos do negócio jurídico, que podem constituir-se de vícios de vontade (discordância entre a real vontade do agente e o que é por ele manifestado) ou vícios sociais (quando a vontade é usada para prejudicar alguém ou fraudar a lei)²⁷².

²⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁶⁶ Ibidem.

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ Ibidem.

²⁷⁰ BRASIL, Código Civil. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 set. 2015.

²⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit.

²⁷² Ibidem.

3.1.3 Plano de eficácia

Após devidamente comprovadas a sua existência e a sua validade através dos elementos supracitados, deverá o negócio jurídico demonstrar a sua eficácia²⁷³.

Neste plano, serão analisados os elementos acidentais do negócio jurídico, sendo eles a condição, o termo e o modo ou encargo²⁷⁴.

Caso a produção de efeitos do negócio jurídico esteja atrelada à ocorrência de um evento, então estar-se-á diante da condição²⁷⁵. Condição, de acordo com o que preceitua o CC em seu artigo 121, é “a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”²⁷⁶. Em suma, a condição constitui-se em uma cláusula que tem por finalidade adiar os efeitos que surtirão aquele negócio jurídico até a ocorrência de um evento futuro e incerto²⁷⁷.

Para que ocorra a condição, é imprescindível que haja a presença desses dois requisitos atrelados ao respectivo evento, quais sejam, incerteza e futuridade²⁷⁸. Nessa esteira, tentar firmar um negócio jurídico relacionando a ocorrência de seus efeitos à morte de alguém não constitui condição, uma vez que, no caso hipotético, a ausência de um dos requisitos indispensáveis para a sua caracterização – a incerteza²⁷⁹. Da mesma forma, não se caracteriza como condição subornar os efeitos de determinado negócio à apreciação de determinado bilhete lotérico cujo sorteio já ocorreu, haja vista que não há mais a futuridade, elemento fundamental para sua definição²⁸⁰.

Imperioso se faz ressaltar que o nosso ordenamento jurídico possui alguns casos nos quais não pode haver a presença da condição, como, por

²⁷³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁷⁴ Ibidem.

²⁷⁵ Ibidem.

²⁷⁶ BRASIL, Código Civil. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 set. 2015.

²⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit.

²⁷⁸ Ibidem.

²⁷⁹ Ibidem.

²⁸⁰ Ibidem.

exemplo, a adoção, o reconhecimento de filhos, a aceitação e renúncia da herança, dentre outros²⁸¹.

A condição pode ser classificada por diferentes categorias, as quais encontram-se, sob a ótica de Farias e Rosenvald, melhor especificadas adiante.

Quanto à maneira de atuação, a condição pode ser suspensiva ou resolutiva²⁸². A suspensiva se dá quando não há ocorrência de qualquer efeito até que haja a realização do evento ao qual foi subordinado à sua eficácia, os efeitos são refreados até a concretização do acontecimento²⁸³. Vale mencionar que, durante a condição suspensiva, não há a aquisição, nem mesmo o exercício do direito ao qual o negócio se subordina até o dia do acontecimento²⁸⁴. Em sentido oposto, a resolutiva cessa os efeitos, que já estão ocorrendo, até a realização do evento²⁸⁵.

Quanto à licitude, a condição poderá ser lícita ou ilícita. Será lícita quando não contrariar a lei, a ordem pública ou os bons costumes, e será ilícita quando ir de encontro aos elementos supracitados²⁸⁶.

Já no que concerne à possibilidade, a condição poderá assumir uma fisionomia possível ou impossível, física ou juridicamente²⁸⁷. A condição fisicamente impossível é aquela que não poderá ser satisfeita por qualquer ser humano²⁸⁸, como, por exemplo, empacotar a Lua e entregá-la de presente ao seu vizinhos. Já a condição juridicamente impossível é aquela que esbarra em vedações expressas em lei²⁸⁹, como dispor herança de pessoa viva. Quando a condição é suspensiva, sendo impossível física ou juridicamente, ela causará a invalidade do negócio jurídico²⁹⁰.

Por fim, no que atine à fonte de onde deriva, caso tenha sido ocasionada por um caso fortuito, da vontade de uma das partes contratantes ou da vontade de

²⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁸² Ibidem.

²⁸³ Ibidem.

²⁸⁴ Ibidem.

²⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁸⁶ Ibidem.

²⁸⁷ Ibidem.

²⁸⁸ Ibidem.

²⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁹⁰ Ibidem.

um dos agentes e, simultaneamente, de uma outra circunstância, então a condição poderá ser casual, potestativa ou mista. Caso esteja subordinada ao acaso, então a condição será casual; se for proveniente da vontade de uma das partes, é potestativa; e, caso atrelar a vontade de um dos agentes à uma circunstância externa, será mista²⁹¹.

Denomina-se de termo “o acontecimento futuro e certo que suspende a eficácia do ato negocial, sem prejudicar a aquisição de direitos, fazendo cessar os efeitos decorrentes do próprio negócio”²⁹².

3.2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

Podemos definir testamento vital como sendo “uma declaração escrita da vontade de um paciente quanto aos tratamentos aos quais ele não deseja ser submetido caso esteja impossibilitado de se manifestar”²⁹³. Desta forma, é necessário, para a elaboração do respectivo documento, que o sujeito tenha em mente situações hipotéticas que possam vir a tomar forma no plano real, tais como encontrar-se, algum dia, em uma unidade de terapia intensiva (UTI) ou, ainda, vir a sofrer um derrame vascular cerebral o qual lhe acarretaria uma lesão permanente no cérebro, comprometendo seus movimentos e sua visão²⁹⁴. Há outros tantos eventos que podem trazer ao indivíduo a necessidade de elaborar um testamento vital, eventos estes em que devem ser analisadas uma série de questões, a exemplo: Quais tratamentos seriam por ele aceitáveis, quais seriam rejeitados de imediato; caso esteja acometido de uma doença incurável, se ele entende com correto passar por intervenções cirúrgicas, ainda que estas não venham a lhe trazer a cura; se devem ser aplicados todos os esforços possíveis para mantê-lo com vida, independentemente da qualidade que esta teria, ou se é preferível permitir que a natureza siga o seu curso natural, porém manter os cuidados paliativos para que este tenha uma morte digna²⁹⁵.

²⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁹² Ibidem.

²⁹³ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 17.

²⁹⁴ Ibidem.

²⁹⁵ Ibidem.

As respostas para as perguntas supracitadas variam de acordo com cada paciente, que se utilizam dos mais variados critérios para respondê-las, não existindo – assim – uma única resposta correta. São levadas em conta as crenças religiosas, os valores morais e éticos de cada outorgante²⁹⁶.

3.2.1 Testamento vital X Testamento civil

Para o melhor aproveitamento da matéria vislumbrada no presente trabalho, é de grande valia saber discernir com perspicuidade os institutos do testamento vital e do testamento civil, que, embora se assemelhem no nome, em muito se diferem em sua essência.

De antemão, se faz imprescindível deslindar o significado de testamento civil, que, em melhores termos, pode ser compreendido como sendo um negócio jurídico, o qual se aperfeiçoa com apenas uma manifestação de vontade, sendo – portanto – unilateral²⁹⁷. Imperial, ainda, destacar que esse negócio jurídico é também personalíssimo e revogável a qualquer tempo, sendo que a cláusula contida nesse testamento que proibir sua revogação será – para todos os efeitos jurídicos – considerada inválida²⁹⁸.

Urge elucidar a característica crucial para que se diferencie, de forma clara e indubitável, os dois institutos em epígrafe – o testamento civil produz efeitos post mortem, ou seja, os efeitos a serem produzidos com o testamento civil, em decorrência do disposto pelo testador em suas cláusulas, somente se darão após a sua morte, não importando, no que atine à concretização desses efeitos, quanto tempo tenha transcorrido desde a elaboração do testamento até o falecimento do declarante²⁹⁹. Caso o testador não tenha revogado o respectivo documento, este

²⁹⁶ LIPPMANN, Ernesto. Testamento Vital: O direito à dignidade. São Paulo: Matrix, 2013.

²⁹⁷ XIMENES, Rachel Leticia Curcio. *Direito sucessório: testamento vital e o direito à dignidade*, 2014. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/testamento-vital-e-o-direito-a-dignidade/13080>> Acesso em: 21 set. 2015.

²⁹⁸ SILVA, Ana Elisa da. *O testamento e seus elementos constitutivos: um estudo sobre a manifestação de vontade do testador*, 2010. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5124> Acesso em: 21 set. 2015.

²⁹⁹ SILVA, Ana Elisa da, op. cit.

não terá sua eficácia comprometida, uma vez que se traduz no ato de última vontade do testador³⁰⁰.

Ora, de acordo com o abordado ao longo deste trabalho, é sabido que a lógica da elaboração do testamento vital encontra-se justamente na produção de seus efeitos não apenas enquanto o testador encontra-se vivo³⁰¹, mas como também no direcionamento desses efeitos para precipitar, adiar ou deixar a vida do declarante seguir seu curso natural, sem interferências, como já fora analisado de forma pormenorizada nos motivos expostos *retro*.

Assim sendo, certifica-se, pois então, que o propósito do testamento vital é servir de instrumento ao seu declarante para que ele possa dispor de seu corpo da forma que melhor lhe convir, estando consciente, durante todo o processo, das consequências que sua decisão repercutirá, sobretudo no que tange à sua integridade física e à sua vida³⁰². Conforme visto alhures, é estritamente necessário que os efeitos do testamento vital se deem enquanto o seu testador está vivo, ao contrário do que ocorre no testamento civil, em que os efeitos apenas podem se dar após a morte do declarante³⁰³. Ademais, o contexto em que se insere o testamento vital é aquele em que o testador encontra-se acometido de uma grave doença, que lhe traga forte dor e intenso sofrimento, e cuja cura seja improvável, lhe tirando a capacidade de expressar – de forma plena e convicta – sua vontade³⁰⁴.

3.3 RESOLUÇÃO Nº 1.805 DO CFM³⁰⁵

Em 28 de novembro de 2006, a CFM editou a Resolução nº 1.805, que, embora contenha apenas três artigos, é de demasiada importância para a concretização da vontade do paciente, expressa em seu testamento vital, isto porque ela permite ao médico – caso esteja seja a vontade do enfermo – “limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase

³⁰⁰ SILVA, Ana Elisa da. *O testamento e seus elementos constitutivos*: um estudo sobre a manifestação de vontade do testador, 2010. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5124> Acesso em: 21 set. 2015.

³⁰¹ XIMENES, Rachel Leticia Curcio. *Direito sucessório*: testamento vital e o direito à dignidade, 2014. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/testamento-vital-e-o-direito-a-dignidade/13080>> Acesso em: 21 set. 2015.

³⁰² Ibidem.

³⁰³ Ibidem.

³⁰⁴ Ibidem.

³⁰⁵ Vide anexo A às fls. 104-109.

terminal, de enfermidade grave e incurável”³⁰⁶. Assinala-se, pois, em seu artigo 2º, que o médico não deve dispensar os cuidados paliativos ao seu paciente, ou seja, os cuidados que diminuam a dor causada pela doença pela qual está acometido, oferecendo-lhe assistência integral, conforto físico, psíquico, social e espiritual, bem como lhe proporcionado o direito à alta hospitalar³⁰⁷.

Conquanto a comunidade médica possuía um entendimento pacífico acerca da aprovação desta resolução, esta não se deu de forma tão simplória no mundo jurídico. Nesse sentido, o Ministério Público do Distrito Federal ajuizou, em 09 de maio de 2008, uma ação civil pública na 14ª Vara Federal do Distrito Federal, em face da CFM, alegando que esta não poderia definir como sendo uma conduta médica ética algo que já estava tipificado na legislação brasileira como sendo crime³⁰⁸. Oras, como já informado anteriormente, o artigo 1º da resolução em epígrafe permite ao médico abreviar a vida de um paciente, desde que presentes determinados requisitos – todos expressos na respectiva resolução. Isto nos permite fazer uma equiparação com o artigo 121 do Código Penal³⁰⁹, que tipifica a conduta criminal de matar alguém como homicídio simples, lhe trazendo a pena de seis a vinte anos de reclusão.

Ademais, o Ministério Público Federal também alegou que o direito à vida é indisponível, podendo única e exclusivamente ser restringido por lei em sentido estrito³¹⁰, bem como que a ortotanásia poderia ser utilizada de forma indevida pelos parentes do doente e pelos médicos, uma vez que a situação sócio-econômica do país não é a mais exemplar e, devido à falta de condições financeiras, poderia se acabar abrindo mão de um tratamento que levaria à cura do paciente³¹¹.

Em contrapartida, o CFM asseverou que a resolução em questão não trata da eutanásia, tampouco da distanásia, mas sim da ortotanásia, que, em breves termos, refere-se a uma “situação em que a morte é evento certo, iminente e

³⁰⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.805/2006, de 28 de novembro de 2006*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em: 16 set. 2015.

³⁰⁷ Ibidem.

³⁰⁸ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³⁰⁹ Ibidem.

³¹⁰ BRASIL, Seção Judiciária do Distrito Federal. 14ª Vara Federal. *Ação civil pública n. 2007.34.00.014809-3*. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015.

³¹¹ Ibidem.

inevitável”³¹² em que se busca fornecer conforto ao paciente terminal para que ele tenha uma morte digna e com o mínimo de sofrimento possível, cuja prática não é proibida no Brasil, muito menos considerada crime e, por fim, alegou que o direito à boa morte decorre do princípio da dignidade humana³¹³.

O Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo, ao analisar o caso, entendeu que a Resolução CFM nº 1.805/2006 não ofende o ordenamento jurídico brasileiro, dando razão ao alegado pelo CFM. Para justificar sua decisão, baseou-se na manifestação da Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira, transcrevendo-a em sua sentença³¹⁴.

Em sua manifestação, a Procuradora destacou, primeiramente, as diferenças existentes entre os institutos da eutanásia, da distanásia, da ortotanásia e, por fim, da mistanásia. Em seguida, concluiu pela atipicidade material do crime de homicídio no que atine à Resolução susomencionada, informando que o estado de morte já está instalado no paciente, o médico em nada contribuiu para que aquele fosse o destino de seu enfermo³¹⁵. Logo, como é cediço, há a quebra do nexo de causalidade entre a ação do médico e o resultado – qual seja, morte inevitável – afastando, assim, a tipicidade penal da conduta³¹⁶.

Oliveira cita, dentro desse enfoque, que:

“(...) a Resolução não trata de direito penal. Não descrimina qualquer coisa, mas apenas põe o médico a salvo de contestação ético-disciplinar, caso decida adotar procedimentos que configurem a ortotanásia. Desse modo, cai por terra o argumento, alinhavado na inicial, de que o Conselho Federal de Medicina não teria competência para normatizar o tema.”³¹⁷

Destarte, foram também abordados pela Procuradora os princípios que regem a atividade do médico, os quais foram por ela destacados o da autonomia, da beneficência e o da não-maleficência³¹⁸.

³¹² BRASIL, Seção Judiciária do Distrito Federal. 14ª Vara Federal. *Ação civil pública n. 2007.34.00.014809-3*. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015, p. 1.

³¹³ Ibidem.

³¹⁴ Ibidem.

³¹⁵ Ibidem.

³¹⁶ BRASIL, Seção Judiciária do Distrito Federal. 14ª Vara Federal. *Ação civil pública n. 2007.34.00.014809-3*. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015.

³¹⁷ Ibidem, p. 8.

³¹⁸ Ibidem.

Nessa acepção, sabe-se que o princípio da autonomia tange ao respeito às decisões do paciente, desde que este esteja consciente delas³¹⁹. Nessa lógica, para que siga o disposto neste princípio nos casos de pacientes terminais, que, na maior parte das vezes, não possuem faculdades mentais necessárias para a tomada de decisões acerca de possíveis tratamentos a que possam ser submetidos, é primordial que se busque um representante do paciente para que seja seu porta-voz e, assim, comunique qual seria a sua vontade no caso específico³²⁰.

Já no que concerne ao princípio da beneficência, depreende-se que o médico deve se utilizar de todos os meios possíveis para oferecer melhores condições ao seu paciente, buscando a melhora do seu quadro clínico, ainda que, para tanto, tenha que submetê-lo a tratamentos desagradáveis³²¹. Para melhor se fazer entender, Luciana cita o conhecido exemplo do tratamento quimioterápico. Pois bem. É certo que ninguém almeja passar por este tratamento, em razão de determinados males que o cercam, contudo tais desventuras são suportadas por um paciente portador do câncer, dado que este tratamento lhe trará a cura tão desejada³²².

Por fim, o princípio da não-maleficência refere-se às atividades médicas, que, se forem causar algum mal ou desconforto ao paciente, devem causar apenas o necessário para a eficiência do tratamento ao qual o enfermo está sendo submetido³²³.

Ocorre que os princípios supracitados funcionam de uma forma diferenciada para os pacientes terminais. Como é sabido, uma vez que foi detectada uma doença terminal em um enfermo, não há mais razão de se aplicar qualquer tratamento existente para salvar sua vida, eis que esta já não pode mais ser salva³²⁴. Logo, a aplicação do princípio da beneficência apenas traria mais dor ao paciente, uma vez que o médico o submeteria a tratamentos dolorosos em busca de um êxito

³¹⁹ BRASIL, Seção Judiciária do Distrito Federal. 14ª Vara Federal. *Ação civil pública n. 2007.34.00.014809-3*. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015.

³²⁰ Ibidem.

³²¹ Ibidem.

³²² Ibidem.

³²³ BRASIL, Seção Judiciária do Distrito Federal. 14ª Vara Federal. *Ação civil pública n. 2007.34.00.014809-3*. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015.

³²⁴ Ibidem.

inexistente³²⁵. Assim sendo, o princípio da não-maleficência se sobressairia no caso em tela.

Nessa perspectiva, a Procuradora afirma que o que a medicina paliativa de fato defende é que, no caso acima descrito, diante de um quadro irreversível, não havendo mais qualquer possibilidade de cura do paciente, o que resta é lhe oferecer o conforto necessário, com toda a assistência necessária, para que este venha a vivenciar seus últimos dias sem grande sofrimento, usufruindo de uma morte digna³²⁶.

Por conseguinte, a Resolução nº 1805/2006 deve instigar os médicos a explicarem quais procedimentos serão adotados e quais serão rejeitados, detalhando-os³²⁷. Nesse mesmo sentido, o médico deve esclarecer todas as dúvidas do paciente e de seus familiares, “permitindo maior transparência em sua atuação e possibilitando inclusive maior controle de sua atividade”³²⁸.

Outrossim, o receio existente do médico se enganar e diagnosticar um tratamento errado para o paciente vai de encontro aos anos adquiridos de experiência por aquele profissional, os quais lhe dão propriedade para receitar determinado diagnóstico e reconhecer uma doença terminal.

Ainda assim, caso o paciente ou seu representante legal encontre-se temeroso em aceitar o que foi diagnosticado, o art. 1º, § 3º da Resolução assegura-lhe o direito de solicitar uma segunda opinião médica. Na opinião de Oliveira, o disposto no aludido parágrafo lhe confere maior segurança para confiar na palavra do médico³²⁹.

Destarte, corroborando o predito, vale mencionar o famoso caso de ortotanásia ocorrido com o papa João Paulo II, que, acometido de uma doença terminal em estágio avançado, optou por não mais se submeter a tratamentos e demais intervenções invasivas que apenas lhe traziam sofrimento e dor sem,

³²⁵ BRASIL, Seção Judiciária do Distrito Federal. 14ª Vara Federal. *Ação civil pública n. 2007.34.00.014809-3*. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015.

³²⁶ Ibidem.

³²⁷ Ibidem.

³²⁸ Ibidem, p. 12.

³²⁹ Ibidem.

contanto, qualquer previsão de cura³³⁰. Ao mencionar tal exemplo, a Procuradora frisou o fato de a própria Igreja Católica aceitar a prática da ortotanásia e, não obstante, reconhecer a veemente importância do valor da vida.

Por fim, Luciana Oliveira conclui sua manifestação ao defender que a Medicina não possui caráter obrigacional com a cura do doente em estado terminal, até porque esta possui ocorrência improvável; contudo, responsabiliza-se por lhe fornecer conforto diante do estado em que se encontra, revestindo-o com uma maior qualidade de vida diante dos recursos disponíveis³³¹.

Diante deste cenário em que se encontra o paciente terminal, a medicina possui seu enfoque voltado para a qualidade da vida que ainda lhe resta e não necessariamente para quantos mais anos poderia ganhar ao lhe submeter a tratamentos diversos³³².

Frisa-se mais uma vez que a Resolução nº 1805/2006 não confere ao médico o poder de decidir entre a vida e a morte de seu paciente, pois a ele apenas será incumbido o dever de identificar em qual estado encontra-se a doença terminal que acomete o enfermo³³³. Como bem pontuou Oliveira, “trata-se, pois, de uma avaliação científica, balizada por critérios técnicos amplamente aceitos, que é conduta ínsita à atividade médica”³³⁴.

3.4 RESOLUÇÃO Nº 1.995 DO CFM³³⁵:

A Resolução nº 1.995 foi aprovada pelo Conselho Federal de Medicina em 31 de agosto de 2012 e foi registrada como sendo a primeira regulamentação a dispor acerca das diretivas antecipadas da vontade no Brasil³³⁶. Todavia, é necessário ter em mente que a Resolução não legalizou as DAV no país, haja vista

³³⁰ BRASIL, Seção Judiciária do Distrito Federal. 14ª Vara Federal. *Ação civil pública n. 2007.34.00.014809-3*. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015.

³³¹ Ibidem.

³³² Ibidem.

³³³ Ibidem.

³³⁴ BRASIL, Seção Judiciária do Distrito Federal. 14ª Vara Federal. *Ação civil pública n. 2007.34.00.014809-3*. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015., p. 14.

³³⁵ Vide anexo B às fls. 110-114.

³³⁶ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

que ela não se caracteriza como sendo uma lei e que o CFM não possui competência para legislar³³⁷.

Conforme o alcance compreendido do artigo 1º da regulamentação susomencionada, as diretivas antecipadas da vontade consistiriam em um “conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”³³⁸. Ademais, salienta-se que essas diretivas, embora se traduzam na vontade do paciente, não podem conter qualquer previsão que levem à prática da eutanásia, por mais que o enfermo assim as queira, eis que tal instituto é proibido no Brasil, tendo o próprio CFM asseverado em nota esclarecedora a impossibilidade de existir, sob qualquer hipótese, diretivas antecipadas de vontade cujo conteúdo vá de encontro ao disposto no ordenamento jurídico do país em que são propostas³³⁹.

Ora, é certo de que o paciente pode, em suas DAV, dispensar tratamentos extraordinários caso seja, futuramente, acometido de uma eventual doença terminal, contudo é aconselhável que o mesmo venha a explicitar em suas diretivas quais os tratamentos que considera extraordinários e quais considera essenciais, pois, como bem observou Luciana Dadalto, há divergências sobre o que são tidos como cuidados paliativos – e, portanto, indispensáveis – ao paciente em estado terminal e os que apenas são considerados como tratamentos extraordinários, que demandam esforço e desgaste desnecessários tanto da parte dos médicos como também dos familiares e do enfermo³⁴⁰. A questão da hidratação e de nutrição do doente adentra este debate³⁴¹.

Como já mencionado, o CFM não possui competência para legislar, logo, não pode exigir que as diretivas sejam registradas em cartório³⁴². Ocorre que essa é uma característica dos negócios jurídicos e não tão somente das DAV³⁴³. Assim sendo, é primordial que o declarante possua a lavratura pública das suas diretivas

³³⁷ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³³⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.995/2012, de 31 de agosto de 2012*.

Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 16 set. 2015.

³³⁹ DADALTO, Luciana, op cit.

³⁴⁰ Ibidem.

³⁴¹ Ibidem.

³⁴² DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³⁴³ Ibidem.

antecipadas da vontade para que tenha a garantia de que a vontade expressas nelas serão cumpridas³⁴⁴.

Não obstante, recomenda-se que o paciente crie um Registro Nacional de Diretivas Antecipadas para garantir a realização de sua vontade, “de modo a não correr risco de que a declaração se torne inócua”³⁴⁵. Desta forma, tendo o declarante cumprido com todos os requisitos expostos acima, o cartório, após ter registrado as diretivas, as encaminhará ao Registro Nacional, buscando sua efetividade³⁴⁶.

No tocante ao lecionado pelo artigo 2º, § 4º, da Resolução nº 1.995/2012, que impõe ao médico o dever de registrar, no prontuário, todas as diretivas de vontade que o paciente vier a lhe informar, Luciana Dadalto compreende estar incompleta tal informação, dado que o dever do médico não se resume apenas a documentar a vontade do paciente, mas também a informá-lo a respeito dos tratamentos que podem vir a ser recusados, das consequências de cada terapia, dos eventuais riscos nos quais ele pode estar incidindo³⁴⁷. Em suma, o médico deve fornecer a orientação adequada para que, assim, o paciente venha a formular suas diretivas antecipadas de uma forma mais consciente³⁴⁸.

Em 31 de janeiro de 2012, o Procurador da República de Goiás, Ailton Benedito de Souza, ajuizou uma ação civil pública, buscando a inconstitucionalidade, declarada pelo Poder Judiciário, da Resolução em epígrafe, afirmando que ela “extravasa o poder regulamentar do CFM, impõe riscos à segurança jurídica, alija a família de decisões que lhe são de direito e estabelece instrumento inidôneo para o registro de ‘diretivas antecipadas de pacientes’”³⁴⁹

Enfatiza-se mais uma vez que a CFM não possui competência para legislar, e, conseqüentemente, não pode promulgar nenhuma lei. Do mesmo modo, por não se tratar de nenhuma matéria abrangida pelo Direito Penal, não possui meios para descriminalizar alguma conduta³⁵⁰. O objetivo dessa Resolução é tão somente fornecer meios ao paciente para que ele possa garantir a efetividade dos

³⁴⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³⁴⁵ Ibidem, p. 140.

³⁴⁶ Ibidem.

³⁴⁷ Ibidem.

³⁴⁸ Ibidem.

³⁴⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 141.

³⁵⁰ Ibidem.

tratamentos pelos quais optar, tendo sua vontade respeitada pelo médico³⁵¹. Assim sendo, o Procurador cometeu um equívoco ao afirmar que a respectiva Resolução ultrapassa o poder regulamentador conferido à CFM³⁵².

Ainda dentro desse enfoque, não há o que se falar de riscos à segurança jurídica, que, por sua vez, significa que:

“(...) o cidadão pode confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas normas.”³⁵³

Logo, se segurança jurídica significa que as normas jurídicas vigentes no ordenamento jurídico não devem entrar em conflito com os direitos do cidadão, há uma notória confusão explicitada na fundamentação de Souza, dado que a Resolução não apenas não vai de encontro aos direitos do paciente, como também os amplia, lhe concedendo um meio de garantir que sua vontade, devidamente expressa, será concretizada assim que a situação hipotética prevista na supracitada Resolução ocorrer³⁵⁴.

Por fim, no que concerne ao argumento de que a Resolução alijaria a família de decisões que lhe são de direito, se tem elucidado na regulamentação susodita a manifesta expressão da autonomia privada, colocando em posição de destaque a vontade individual e a autodeterminação do declarante³⁵⁵.

Nesse sentido, sendo a família regida pelos princípios da dignidade humana e da solidariedade, advindo de tal instituto a consideração e o respeito recíprocos entre seus integrantes, é forçoso concluir que a família deve permanecer ao lado do paciente em momentos drásticos³⁵⁶. No caso de encontrar-se acometido de uma doença terminal, é certo de que a família, após ter recebido informações dos médicos a respeito da situação clínica em que se encontra seu familiar, tendo a mais clara consciência de que esta situação lhe traz dor sem que, contanto, haja relevantes perspectivas de cura, não irá travar desentendimentos com o paciente a respeito de sua decisão³⁵⁷.

³⁵¹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³⁵² Ibidem.

³⁵³ CANOTILHO, José Jorge. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: 1995, p. 373.

³⁵⁴ DADALTO, Luciana, op cit.

³⁵⁵ Ibidem.

³⁵⁶ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³⁵⁷ Ibidem.

Contudo, deve ser frisado que, ainda dentro da situação hipotética acima descrita, caso a família venha a discordar com o que foi decidido, a palavra final que deverá ser sempre a do paciente, sendo esta que deverá ser sempre obedecida³⁵⁸.

Ademais, a alegação do Procurador de que a resolução estabelece instrumento idôneo para o registro das DAV encontra obstáculos no direito comparado – leis australianas e espanholas – que permite que as DAV tenham registro no prontuário do enfermo³⁵⁹.

Foi baseado nos motivos expostos que, no dia 15 de março de 2013, o Poder Judiciário se manifestou pela primeira vez a respeito da dignidade da pessoa humana a respeito dos indivíduos que ocupam a posição de sujeito ativo das diretivas antecipadas da vontade, reconhecendo o direito que estes possuem à autodeterminação e, por consequência, indeferindo³⁶⁰ o pedido de liminar formulado pelo Procurador Ailton Benedito de Souza³⁶¹.

É inevitável ressaltar a demasiada importância que teve a Resolução nº 1.995/2012 em que pese se tratar do aumento da quantidade de testamentos vitais lavrados no Brasil após a sua aprovação³⁶².

Conforme visto alhures, foi a Resolução nº 1.995/2012 que regulamentou a situação dos testamentos vitais no país, cooperando com sua elaboração por uma enorme massa da população brasileira³⁶³. Evidenciando-se o afirmado, tem-se o dado estatístico de que, um ano antes da regulamentação, os cartórios de nota brasileiros tinham lavrado tão somente 69 testamentos vitais³⁶⁴. Contudo, em 2014, dois anos após a aprovação da aludida Resolução, esse número cresceu drasticamente, obtendo um aumento de 690%, chegando a fechar o ano com 548 testamentos vitais lavrados³⁶⁵.

³⁵⁸ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³⁵⁹ Ibidem.

³⁶⁰ Sentença vide anexo C às fls. 115-125.

³⁶¹ Ibidem.

³⁶² Ibidem.

³⁶³ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Após regulamentação, cresce 690% o número de testamentos vitais lavrados no Brasil*, 2015. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5717/Ap%C3%B3s+regulamenta%C3%A7%C3%A3o%2C+cresce+690%25++o+n%C3%BAmero+de+testamentos+vitalis+lavrados+no+Brasil#.Vcu976DY2Hg.email>> Acesso em: 19 set. 2015.

³⁶⁴ Ibidem.

³⁶⁵ Ibidem.

A razão do aumento da quantidade de pessoas que buscaram realizar seu testamento vital após a sua regulamentação encontra seu sentido de ser, diante de outros fatores, na elaboração relativamente simplória do respectivo documento³⁶⁶. Qualquer indivíduo, desde que dotado de plena capacidade, pode buscar a confecção do seu testamento vital por um tabelião de notas³⁶⁷. Tudo o que ele precisa fazer é apresentar seus documentos pessoais no momento da lavratura de suas diretivas e informar, clara e expressamente, em quais termos se dará seu testamento vital³⁶⁸. Quando for necessário, ou seja, quando o declarante se acometer de uma doença grave ou fique, de alguma forma, impossibilitado de manifestar sua vontade em virtude de alguma desventura, seus familiares – ou, ainda, seu representante legal – serão os responsáveis por apresentar uma cópia desse documento ao médico que estará cuidando do caso do paciente, o qual, por sua vez, buscará o máximo de efetividade das cláusulas que estarão ali inseridas, desde que, logicamente, estas não contrariem o disposto no Código de Ética Médica³⁶⁹.

3.5 DIREITO COMPARADO

Embora, no Brasil, haja poucas discussões a respeito do testamento vital e dos demais temas dele decorrentes, determinados países tratam esta questão de uma forma mais cautelosa, lhe direcionando uma maior atenção. Nesse diapasão, estes países sentiram necessidade de criar preceitos legais mais específicos e mais desenvolvidos, visando ampliar o âmbito de proteção do paciente terminal³⁷⁰.

Dentro deste enfoque, urge mencionar, primeiramente, o contexto norte-americano, eis que foi nos Estados Unidos que o testamento vital firmou suas raízes, recebendo a denominação de *living will*.

O *living will* foi proposto em 1969, pelo advogado Luiz Kutner. A proposta consistia em que, nesse documento, o paciente pudesse deixar expressamente

³⁶⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Após regulamentação, cresce 690% o número de testamentos vitais lavrados no Brasil*, 2015. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5717/Ap%C3%B3s+regulamenta%C3%A7%C3%A3o%2C+cresce+690%25++o+n%C3%BAmero+de+testamentos+vitais+lavrados+no+Brasil#.Vcu976DY2Hg.email>> Acesso em: 19 set. 2015.

³⁶⁷ Ibidem.

³⁶⁸ Ibidem.

³⁶⁹ Ibidem.

³⁷⁰ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

declarado seu repúdio em se submeter a determinados tratamentos caso, algum dia, chegasse ao ponto de encontrar-se em estado terminal ou em estado vegetativo.

Nada obstante, o documento também poderia ser usado por pacientes que pertenciam à religião Testemunhas de Jeová, o utilizando para deixar claro de que, ao encontrarem-se nas situações supracitadas, se negariam a receber transfusão de sangue³⁷¹. Nesse interim, o *living will* teria sua base fundada na autonomia do paciente³⁷².

O primeiro acontecimento a parar nos tribunais e que relacionou-se diretamente com a questão do *living will* foi o caso de Karen Ann Quinlan, uma jovem americana que possuía 22 anos à época dos fatos. Karen, por causas que nunca foram esclarecidas, entrou em coma. Diante da situação, seus pais adotivos requereram o desligamento dos aparelhos respiratórios, tendo o seu pedido negado pelo médico de sua filha. Inconformados, recorreram aos tribunais de New Jersey, local aonde a paciente morava antes do acidente, solicitando ao magistrado a suspensão dos tratamentos que prolongavam artificialmente a vida de sua filha sob a alegação de que já haviam conversado a respeito com a paciente antes do seu estado vegetativo ser decretado e, na ocasião, ela havia lhes dito que, caso algum dia esta situação a ocorresse, sua preferência seria pelo desligamento dos aparelhos que a manteriam viva. O juiz, diante do caso, negou deferimento ao pedido realizado pelos pais do enfermo, arguindo que seu argumento era desprovido de fundamento jurídico³⁷³.

Os pais, recusando-se a desistir, recorreram à Suprema Corte de New Jersey, que encaminhou o Comitê de Ética do Hospital St. Clair para examinar a paciente e o seu quadro clínico. Urge ressaltar que este comitê foi criado especialmente para tratar do caso, haja vista que inexistiam comitês de ética naquele hospital e, praticamente, em qualquer outro hospital norte-americano. Após uma análise cuidadosa, o comitê concluiu pela irreversibilidade do quadro, conclusão esta que fora essencial para que, em 31/03/1976, a Suprema Corte de New Jersey

³⁷¹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³⁷² ALVES, Cristiane Avancini. *Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital*: Considerações sobre linguagem e fim de vida. Revista jurídica, São Paulo, ano 61, Nº 427, p. 89-110, maio. 2013.

³⁷³ DADALTO, Luciana, op. cit.

conferisse aos pais adotivos da paciente o direito de requisitar ao médico do caso o desligamento dos aparelhos que prolongavam a vida de sua filha³⁷⁴.

O referido desligamento dos aparelhos foi realizado com sucesso. Karen sobreviveu por mais nove anos após ao cumprimento da medida, tendo vindo a falecer em decorrência de uma pneumonia, apresentando o mesmo quadro clínico de antes³⁷⁵.

Diante da notória repercussão que o caso de Quinlan gerou, o Estado da Califórnia aprovou a Lei sobre mortes naturais (*Natural Death Act*), que assegurava ao indivíduo o direito de poder se recusar a submeter-se a um tratamento médico o qual não era de seu agrado, bem como lhe reservava o direito de suspendê-lo, caso este já estivesse em curso³⁷⁶. De acordo com o que prelecionava esta lei, os médicos não poderiam ser processados judicialmente por ter respeitado a vontade do enfermo³⁷⁷. Impõe-se ressaltar que esta Lei foi a primeira a reconhecer o *living will* como sendo um documento legítimo³⁷⁸.

Em momento subsequente à aprovação do *Natural Death Act*, houve a criação, por parte de alguns membros de associações médicas, das *Guidelines and Directive*, que possuíam a finalidade de “auxiliar os médicos no uso dos métodos artificiais de prolongamento de vida”³⁷⁹. Este documento apresentava diretrizes claras e objetivas, tais como: a) Buscar assistência de uma pessoa – que não necessariamente precisa ser um advogado – para auxiliá-la na confecção do seu testamento vital³⁸⁰; b) Requerer ao médico que esteja cuidando do seu caso que este testamento vital seja parte integrante de seu prontuário³⁸¹; c) É estritamente vedado que as duas testemunhas que assinarem o testamento vital possuam alguma relação consanguínea com o testador, estejam em relação marital com ele,

³⁷⁴ Ibidem.

³⁷⁵ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³⁷⁶ Ibidem.

³⁷⁷ Ibidem.

³⁷⁸ MARTINS, Carolina Araujo; FERREIRA, Camila Sousa de Araujo. *O testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro: Sua validade ante a autonomia da vontade e uma análise crítica sob o prisma do direito comparado*, 2015. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-testamento-vital-no-ordenamento-juridico-brasileiro/129867/>> Acesso em: 20 out. 2015.

³⁷⁹ PENALVA, Luciana Dadalto. *As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro*, 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/12_265.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015, p. 5.

³⁸⁰ Ibidem.

³⁸¹ Ibidem.

possuam “alguma demanda sobre bens de sua propriedade” ³⁸² ou que, ainda, estejam beneficiados de alguma forma em seu testamento civil³⁸³; d) O médico que esteja cuidando do caso do enfermo ou algum auxiliar seu não pode, sob hipótese alguma, ser sua testemunha³⁸⁴.

Não apenas tendo sido o primeiro estado a aprovar uma lei que reconhecia a legitimidade do *living will*, a Califórnia inovou também ao constituir-se no primeiro estado norte-americano a legislar acerca do mandato duradouro³⁸⁵. Nessa acepção, o referido estado norte-americano criou, em 1983, o *California’s Durable Power of Attorney for Health Care Act* – DPAHC, que garantia ao indivíduo o direito à nomeação de um procurador, o qual atuaria como sendo seu porta-voz nas situações em que este indivíduo, encontrando-se doente por determinados motivos, teria desenvolvido um quadro clínico tal que não mais teria condições de expressar suas vontades. Nesse contexto, o seu procurador teria como por obrigação fazer valer os seus desejos, já anteriormente lhe informados pelo próprio enfermo, fazendo com que seus direitos fossem usados e suas vontades prevalecidas³⁸⁶. Ademais, vale mencionar que não há quaisquer especificidades para a nomeação de um responsável ou curador do enfermo³⁸⁷.

Foi em decorrência da aprovação dessas leis californianas que vários outros estados norte-americanos resolveram seguir o mesmo exemplo dado pelo estado da Califórnia, aprovando leis que regulamentavam o *living will* e o DPAHC³⁸⁸. Contudo, a aprovação de uma lei federal só se tornou possível após a Suprema Corte Americana debater acerca do caso Nancy Cruzan³⁸⁹.

Nancy Cruzan era uma jovem americana, que possuía 25 anos de idade à época do ocorrido, e que, no ano de 1983, sofreu um acidente de carro no interior do Estado de Missouri, vindo a entrar em coma em um estado permanente e

³⁸² Ibidem, p. 6.

³⁸³ PENALVA, Luciana Dadalto. *As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro*, 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/12_265.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015.

³⁸⁴ Ibidem.

³⁸⁵ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³⁸⁶ Ibidem.

³⁸⁷ ALVES, Cristiane Avancini. *Diretivas Antecipadas de vontade e testamento vital: considerações sobre linguagem e fim de vida*. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 61, n. 427, maio 2013.

³⁸⁸ DADALTO, Luciana, op. cit.

³⁸⁹ Ibidem.

irreversível. Nesse interim, não foi necessário passar muito tempo para que o quadro clínico de Nancy obtivesse piora e, em um momento não muito distante, a jovem americana foi diagnosticada em estado vegetativo permanente – EVP³⁹⁰. Diante da situação, os pais de Nancy requereram aos médicos que cuidavam de sua filha que suspendessem a alimentação e a hidratação lhe fornecidas por métodos artificiais, sob a justificativa de que Nancy, aos seus 20 anos, informou a uma colega, através de uma conversa, de que, caso algum dia metade de suas capacidades fossem comprometidas, ela preferia morrer a continuar viva através de aparelhos. Os médicos, por falta de autorização judicial, optaram por não atender ao pedido dos pais da garota os fazendo não encontrar outra alternativa a não ser recorrerem à via judicial. E assim o fizeram, ganhando a causa em primeira instância. Contudo, o estado recorreu, e a Suprema Corte de Missouri modificou a decisão do juiz, dada em primeira instância, compreendendo que os pais de Cruzan não eram competentes para falar em nome da filha sem sequer apresentarem provas documentais. Destarte, em 1990, o caso foi parar na Suprema Corte, que, em novembro de 2013, deferiu o pedido formulado pelos pais de Nancy, emitindo ordem ao hospital para que fosse cumprido o desejo da família da paciente³⁹¹.

No caso comentado, é essencial frisar o entendimento de Cristiane Alves:

“A lei norte-americana surge na esteira do já citado caso Cruzan, contexto que levou a Suprema Corte dos EUA a reconhecer, em 1990, a proteção outorgada pela Constituição ao direito dos pacientes de recusarem o tratamento que mantém a vida, incluída a alimentação artificial. Ressalta-se, aqui, um ponto importante: a lei reconheceu, nesses casos, a imunidade civil e criminal dos médicos que venham a suspender tratamento.”³⁹²

Ainda dentro deste enfoque, ressalta-se que o caso Nancy teve tanta repercussão que os EUA decidiram aprovar, no ano de 1991, a primeira lei federal a abordar o *living will* – a *Patient Self Determination Act* (PSDA)³⁹³. Esta lei assegura o direito à autodeterminação dos pacientes, trazendo as diretivas antecipadas de vontade como um meio pelo qual o indivíduo poderia expressar seus desejos quanto a quais tratamentos médicos gostaria de ser submetido, especificando – se assim

³⁹⁰ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³⁹¹ Ibidem.

³⁹² ALVES, Cristiane Avancini. *Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: Considerações sobre linguagem e fim de vida*. Revista jurídica, São Paulo, ano 61, Nº 427, p. 89-110, maio. 2013, p. 98.

³⁹³ DADALTO, Luciana, op. cit.

desejar – suas especificidades. A referida lei ainda informa que este meio pode se dar pelo *living will* ou pelo DPAHC.³⁹⁴

Nesse mesmo sentido, a PSDA apresenta três meios pelos quais é possível colocar as diretivas antecipadas da vontade – nesta lei, denominadas de *Advance Directives*³⁹⁵ – em prática, quais sejam: Anunciar expressamente a sua vontade, sendo este o caso do *living will*³⁹⁶; munir a pessoa do responsável legal ou do curador para o cuidado da saúde de poderes os quais a permitiria falar em nome do enfermo quando este estivesse impossibilitado de manifestar seu desejo, fazendo – assim – valer suas vontades, já anteriormente lhe informadas³⁹⁷; fornecer, antecipadamente, orientações à comunidade médica ou ao médico que ficará responsabilizado pelo tratamento do enfermo caso este venha a adoecer gravemente em dado momento futuro, sendo que estas orientações conteriam as preferências e rejeições do paciente quanto aos tratamentos que ele poderia ser submetido³⁹⁸.

Nesse interim, a PSDA determinou que os hospitais e os médicos devem, obrigatoriamente, informar aos seus pacientes – adultos – acerca dos direitos que eles possuem, estando estes direitos em consonância com a lei vigente no respectivo estado, haja vista que cada estado norte-americano possui uma legislação própria, motivo pelo qual o PSDA atua apenas como uma diretriz³⁹⁹. Contudo, impõe-se ressaltar que este documento possui sua legitimidade reconhecida pelo ordenamento jurídico norte-americano e, caso o médico ou sua equipe desrespeite alguma de suas disposições, poderá sofrer sanções disciplinares⁴⁰⁰.

Conforme visto alhures, foi de grande valia a desenvoltura com a qual se deu o testamento vital nos EUA, isto é porque este país foi o primeiro a positivar a declaração prévia de vontade para o fim da vida, algo que ainda não ocorre no

³⁹⁴ Ibidem.

³⁹⁵ ALVES, Cristiane Avancini. *Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: Considerações sobre linguagem e fim de vida*. Revista jurídica, São Paulo, v. 61, Nº 427, p. 89-110, maio. 2013.

³⁹⁶ Ibidem.

³⁹⁷ Ibidem.

³⁹⁸ Ibidem.

³⁹⁹ MARTINS, Carolina Araujo; FERREIRA, Camila Sousa de Araujo. *O testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro: Sua validade ante a autonomia da vontade e uma análise crítica sob o prisma do direito comparado*, 2015. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-testamento-vital-no-ordenamento-juridico-brasileiro/129867/>> Acesso em: 20 out. 2015.

⁴⁰⁰ Ibidem.

Brasil⁴⁰¹. Conquanto, conforme bem leciona Dadalto, não é ideal que o nosso país, caso algum dia venha a legislar acerca do tema em epígrafe, siga à risca o modelo adotado pelos EUA, posto que a concepção de tal modelo foi direcionado para um país cujo poder normativo é descentralizado, o que difere e muito do nosso que, ao revés, centraliza-se nas mãos de um só governo. Nesse interim, por consequência, os estados norte-americanos acabam por gerar diversos entendimentos acerca de um mesmo tema, fazendo com o que o conhecimento pertinente à referida matéria neste país⁴⁰².

Noutra banda, Portugal ratificou a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, a qual foi validada pela Resolução da Assembleia da República nº 1/2001⁴⁰³, e, nesse seguimento, aprovou, em 16 de julho de 2012, a Lei nº 25/2012, que “regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV)”⁴⁰⁴. A função fornecida à RENTEV, consoante se depreende do texto da respectiva lei, é receber os testamentos vitais, registrá-los, organizá-los e mantê-los atualizados⁴⁰⁵, funcionando, assim, nas palavras de Bomtempo, “como um banco de dados de testamento vital”⁴⁰⁶.

Não muito obstante, a Associação Portuguesa de Bioética – ABP, com o objetivo de melhor esclarecer como dar-se-ia o uso das diretivas antecipadas em Portugal, diante da ausência de norma regulamentadora, concebeu três documentos que acabariam por servir como diretrizes aos pacientes e médicos, sendo eles: o Parecer P/05/APB/06, o Projeto de Diploma P/06/APB/06 e o *Guidelines*⁴⁰⁷.

No que atine ao Parecer P/05/APB/06, este refere-se à resistência de Testemunhas de Jeová em se submeterem a quaisquer tipos de tratamentos que

⁴⁰¹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁴⁰² DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁴⁰³ Ibidem.

⁴⁰⁴ PORTUGAL. *Lei nº 25/ 2012, de 16 de junho*. Diário da República. 16 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.portaldasauade.pt/NR/rdonlyres/0B43C2DF-C929-4914-A79AE52C48D87AC5/0/TestamentoVital.pdf>>. Acesso em 02 out. 2015.

⁴⁰⁵ Ibidem.

⁴⁰⁶ BOMTEMPO, Tiago Vieira. *A aplicabilidade do testamento vital no Brasil*. In: Revista Síntese: direito de família, v. 15, n. 77, abr./maio 2013, p. 115.

⁴⁰⁷ MARTINS, Carolina Araujo; FERREIRA, Camila Sousa de Araujo. *O testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro: Sua validade ante a autonomia da vontade e uma análise crítica sob o prisma do direito comparado*, 2015. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-testamento-vital-no-ordenamento-juridico-brasileiro/129867/>> Acesso em: 20 out. 2015.

envolvam transfusão sanguínea⁴⁰⁸. Em breves palavras, este Parecer explica como se deu as diretivas antecipadas e quais são as modalidades existentes que delas decorrem, para, em seguida, analisar se a diretiva antecipada formulada por uma Testemunha de Jeová cuja finalidade é exatamente de frisar sua recusa a realizar uma transfusão sanguínea é válida ou não⁴⁰⁹.

Já no que atine ao Projeto de Diploma P/06/APB/06, sabe-se que é um projeto de lei concebido pela APB, que visa regulamentar o artigo 9º da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina⁴¹⁰. Esse projeto fundamenta-se na Constituição da República Portuguesa, que: reafirma a autonomia do paciente, esclarecendo que ele, se assim desejar, pode ter poder de decisão acerca dos tratamentos a quais será submetido; reconhece o Código Penal Português, que prevê sanções à médicos e demais profissionais de saúde que realizam intervenções cirúrgicas no enfermo sem sua autorização para tanto; reconhece a Lei nº 21/2005, que vislumbra o direito do paciente de ser ou não certificado do seu atual estado de saúde⁴¹¹.

Por fim, as *Guidelines* constituem em um documento, redigido no dia 26 de maio de 2008, que é constituído de normas orientadoras que buscam ser implementadas no sistema de saúde português mediante força de lei ou pela sua adoção pelas autoridades administrativas competentes⁴¹².

Para Dadalto, os debates portugueses acerca do tema são importantes para o Brasil porque já nos fornecem um panorama sobre como o tema será abordado no país assim que for devidamente regulamentado, haja vista a proximidade histórica que o país possui com Portugal, somado ao auxílio que a APB forneceu ao CFM na elaboração de suas disposições que abordam as DAV⁴¹³.

Por fim, não se pode olvidar a forma com a qual a Espanha abordou as questões pertinentes ao testamento vital, sendo esta de grande valia para o estudo realizado no presente trabalho.

⁴⁰⁸ DADALTO, Luciana, op. cit.

⁴⁰⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁴¹⁰ Ibidem.

⁴¹¹ Ibidem.

⁴¹² MARTINS, Carolina Araujo; FERREIRA, Camila Sousa de Araujo. *O testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro*: Sua validade ante a autonomia da vontade e uma análise crítica sob o prisma do direito comparado, 2015. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-testamento-vital-no-ordenamento-juridico-brasileiro/129867/>> Acesso em: 20 out. 2015.

⁴¹³ DADALTO, Luciana, op. cit.

Na Espanha, a abordagem da questão da autonomia do paciente apenas teve espaço no ordenamento jurídico com a aprovação da Lei Geral de Saúde (LGS – *Ley General de Sanidad*), a qual, por sua vez, dispôs acerca do consentimento prévio a ser dado pelo enfermo, bem como ao seu direito de escolher, dentre as opções apresentadas pelo médico, as que mais lhe achar adequadas⁴¹⁴, devendo – necessariamente – elaborar um documento autorizando o médico a dar procedência às opções de tratamento com as quais, anteriormente, anuiu, devendo esta autorização ser escrita e devidamente assinada pelo enfermo⁴¹⁵.

Cabe alertar que o Tribunal Constitucional da Espanha já proferiu decisões cujo teor constituiu-se na conclusão pela violação da integridade física e moral do paciente quando o médico responsável pelo seu estado de saúde atua contra a sua vontade. O Tribunal ainda destacou em suas decisões que, na ocorrência da hipótese supracitada, há também a violação de um direito fundamental do enfermo, ressalvado os casos que apresentem embasamento constitucional⁴¹⁶.

Nesse sentido, foi aprovada, em 2002, a Lei nº 41/2002, que trouxe regulamentação ao testamento vital, recepcionando-o, em seu artigo 11, como *instruccion* previa ou *instruccion* prévia⁴¹⁷.

O referido artigo estabelece que as denominadas instruções prévias só poderão ser feitas por um indivíduo maior de idade, capaz e livre para exercer seus atos de forma plena, o qual deverá esclarecer, no documento, as suas vontades, para que estas ganhem efetividade quando ele não conseguir mais defendê-las e expressá-las por si só. O documento ainda fornece ao enfermo a possibilidade de lhe nomear um representante, que, através de interações com o médico e sua equipe, buscará defender seus interesses, estando esses devidamente expressos em suas instruções prévias⁴¹⁸, as quais, por sua vez, constarão do seu histórico

⁴¹⁴ BOMTEMPO, Tiago Vieira. *A aplicabilidade do testamento vital no Brasil*. In: Revista Síntese: direito de família, v. 15, n. 77, abr./maio 2013, p. 115.

⁴¹⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁴¹⁶ BOMTEMPO, Tiago Vieira, op. cit.

⁴¹⁷ Ibidem, p. 115.

⁴¹⁸ ALVES, Cristiane Avancini. *Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: Considerações sobre linguagem e fim de vida*. Revista jurídica, São Paulo, ano 61, Nº 427, p. 89-110, maio. 2013.

clínico, podendo ser revogadas a qualquer tempo pelo outorgante, enquanto indivíduo capaz⁴¹⁹.

A constitucionalidade da respectiva lei sofreu questionamentos, principalmente acerca de ter sido promulgada como lei ordinária, porém suas disposições possuírem natureza privada. Em outros termos, a dúvida pairou na aparente impossibilidade da lei ser tratada como pública, contudo versar sobre direitos sanitários. Diante da presente situação, o *Consell Consultiu de la Generalitat* declarou expressamente ser constitucional o artigo 11 da Lei supracitada, o qual elenca as disposições de caráter privado em questão, tendo – aliás – sido declarada também a natureza privada dos pontos 1, 3 e 4 do referido artigo⁴²⁰.

Destarte, para se certificar de que as instruções prévias seriam rigorosamente cumpridas em todo seu território, a Espanha criou, através do *Ministerio de Sanidad y Consumo*, o Registro Nacional de Instruções Prévias, regulado pelo Real Decreto nº 124/2007⁴²¹.

Consoante o estabelecido por este Decreto, o Registro Nacional de Instruções Prévias só poderá ser acessado, única e exclusivamente, por: pessoas que já possuem suas instruções prévias feitas; os representantes legais dessas pessoas, por elas designados como tais, ou qualquer outro indivíduo que o outorgante tenha designado em suas instruções; os responsáveis dos registros autônomos; pessoas elegidas pela autoridade sanitária pertencente à comunidade autônoma correspondente; pelo *Ministerio de Sanidad y Consumo*⁴²².

Nesse contexto, como foi bem asseverado por Dadalto, nem todas as comunidades autônomas da Espanha regulamentam as instruções prévias. Dessa forma, o Decreto Real nº 124/2007 instituiu que todas as pessoas que residem nessas comunidades autônomas e que almejam regulamentar as instruções prévias poderão confeccionar este documento e, por conseguinte, apresenta-lo à autoridade da comunidade autônoma em que vive⁴²³. A autoridade dessa comunidade autônoma, ao receber as instruções prévias dos seus residentes, deverá,

⁴¹⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁴²⁰ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁴²¹ ALVES, Cristiane Avancini. *Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital*: Considerações sobre linguagem e fim de vida. Revista jurídica, São Paulo, ano 61, Nº 427, p. 89-110, maio. 2013.

⁴²² DADALTO, Luciana, op. cit.

⁴²³ Ibidem.

obrigatoriamente, encaminhá-lo ao registro nacional para que assim possa ser concebida uma inscrição provisória, notificando-se a feitura desta inscrição à comunidade autônoma em que vive o titular das respectivas instruções⁴²⁴.

A esse propósito, forçoso se faz constatar a força vinculante que possuem as instruções prévias, uma vez que – de acordo com o preceituado no decreto supracitado – a inscrição prévia referida no parágrafo acima deverá ser conhecida e, no momento adequado, vislumbrada também pelos profissionais de saúde que se responsabilizarão pelo estado de saúde do outorgante⁴²⁵.

Conclui-se, ante o apresentado, que a Espanha apresenta um notório avanço no que concerne à matéria pertinente à declaração prévia de vontade para o fim da vida, sendo esta compreendida, pelos espanhóis, como instruções prévias, conforme visto alhures. No entanto, atualmente, no país, o tema sofre demasiados desentendimentos quanto à sua aplicação e interpretação, encontrando-se, assim, longe de ser pacificado⁴²⁶.

3.6 COMO ELABORAR UM TESTAMENTO VITAL

O processo de elaboração de um testamento vital consiste no registro, por parte do testador, de decisões e condutas que devem ser rigorosamente seguidas caso este venha a se encontrar, futuramente, em alguma das hipóteses relatadas no respectivo documento⁴²⁷. Nesse cenário, o testador deve informar se há algum tratamento ao qual ele gostaria de ser submetido. Caso haja, deverá indicar o tipo de tratamento e fornecer orientações acerca de decisões e condutas que deverão ser tomadas na referida hipótese⁴²⁸.

Nada obstante, o testador também terá que informar qual procedimento deseja que seja adotado nos casos de: perda de consciência definitiva; coma, com possibilidade de traumatismo craniano permanente; falta das funções vitais, podendo

⁴²⁴ Ibidem.

⁴²⁵ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁴²⁶ Ibidem.

⁴²⁷ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

⁴²⁸ Ibidem.

estas ser de qualquer natureza; presença de sequela, de forma que lhe será inviável prosseguir com sua vida sem a assistência permanente de um cuidador⁴²⁹.

Nessa acepção, é possível que o indivíduo informe se deseja algum auxílio religioso caso venha a lhe ocorrer algumas das hipóteses previstas, podendo – se assim desejar – informar a qual religião pertence e inclusive o nome do sacerdote do qual deseja receber assistência⁴³⁰. Ademais, é recomendado que o sujeito esclareça o que deverá ser feito com seu corpo após seu falecimento – se deverá ser cremado ou enterrado, se pretende doar seus órgãos ou, ainda, se opta por doar seu corpo a uma faculdade de Medicina⁴³¹.

Há dúvidas quanto às consequências da escolha de suspensão do tratamento. Tais dúvidas se dão no sentido de que, se com a cessação do tratamento, pudesse vir também a suspensão dos cuidados médicos. Ora, essas incertezas não encontram sentido de ser, haja vista que interromper um tratamento cujos danos superam em demasia os benefícios causados ao paciente em nada obsta o ininterrupto fornecimento de cuidados paliativos por parte do médico ao seu enfermo⁴³².

Para que seja válido, é necessário que o testamento vital seja entregue digitado, em uma via impressa, sem apresentar quaisquer rasuras – trata-se de requisitos obrigatórios⁴³³. Contudo, para evitar eventual risco de não cumprimento das cláusulas inseridas no respectivo documento, é aconselhável que o testador garanta a sua validade através de outros meios, como com o cumprimento dos requisitos dispostos no artigo 1.876 do Código Civil, sendo estes exigidos para as demais modalidades de testamentos informais, os quais requerem que o documento seja assinado não apenas pelo interessado, mas também por três testemunhas ou então que seja registrado em cartório⁴³⁴. Conquanto, a Resolução 1.995/2012 da CFM não exige a presença de testemunhas, tampouco o registro em cartório, podendo a ausência de exigibilidade deste último ser visto como uma vantagem, uma vez que, em decorrência de grande parte da população brasileira não possuir condições de arcar com os custos exigidos pelo registro em cartório sem que tal

⁴²⁹ Ibidem.

⁴³⁰ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

⁴³¹ Ibidem

⁴³² Ibidem.

⁴³³ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

⁴³⁴ Ibidem.

dispêndio venha a comprometer seu sustento e/ou de sua família, o testamento vital acabaria por se tornar um privilégio acessível a poucos⁴³⁵.

Nesse interim, caso o indivíduo opte por elaborar um testamento vital, é imprescindível que designe uma pessoa para defender seus interesses perante terceiros⁴³⁶. Essa pessoa, escolhida pelo testador para ser seu porta-voz, receberá a nomeação de procurador dos cuidados de saúde ou, ainda, de testador vital⁴³⁷.

Em uma explicação pormenorizada, o testador vital é a pessoa que foi escolhida pelo testador para garantir que o que está disposto em seu testamento vital será efetivamente cumprido, principalmente em casos de conflito de interesses, fazendo sobressair sempre a vontade do enfermo⁴³⁸. Não obstante, o testador vital, ao assumir o cargo, também se responsabiliza por fazer chegar ao conhecimento do médico e de sua equipe a existência de um testamento vital elaborado pelo paciente o qual estão tratando, bem como de seu conteúdo, antes que qualquer medida irremediável seja tomada⁴³⁹.

Vale ressaltar que, por questões éticas, o médico responsável pelo tratamento do paciente não deve assumir o encargo de ser seu testador vital, apesar de que não exista nenhum óbice para que o enfermo opte por um médico para ocupar tal posição, desde que esse médico em nada esteja relacionado com o processo terapêutico pelo qual esteja passando⁴⁴⁰.

Nesse mesmo sentido, os parentes do enfermo ou os demais indivíduos que poderiam vir a obter algum lucro com o falecimento do susomencionado, como os herdeiros, não devem ser seu testador vital, evitando-se com isso futuros conflitos de interesse⁴⁴¹.

É importante frisar que o procurador dos cuidados de saúde deve participar de todo processo de elaboração do testamento vital, estando previamente ciente das obrigações que lhe serão incumbidas e assumindo a referida posição voluntariamente⁴⁴².

⁴³⁵ Ibidem.

⁴³⁶ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

⁴³⁷ Ibidem.

⁴³⁸ Ibidem.

⁴³⁹ Ibidem.

⁴⁴⁰ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

⁴⁴¹ Ibidem.

⁴⁴² Ibidem.

De acordo com Lippmann, recomenda-se a nomeação de pelo menos dois procuradores dos cuidados de saúde, devendo estes serem maiores de idade e, preferencialmente, residirem próximo ao domicílio do testador, posto que seus contatos serão frequentes⁴⁴³.

Caso o testador, ao examinar as hipóteses previstas em seu testamento vital, ache melhor, em caso de ocorrência de qualquer uma delas, não ser submetido a tratamentos extraordinários que venham a prolongar a sua vida, assim poderá dispor no referido testamento⁴⁴⁴. Contudo, é pertinente saber que os meios que serão utilizados fins de alimentação e hidratação não integram os tratamentos supracitados, ainda que gerenciados por vias artificiais⁴⁴⁵ – trata-se de cuidados paliativos.

Antes que o processo de elaboração do testamento vital se inicie, é necessário que haja uma consulta entre o paciente e um médico de sua confiança, oportunidade na qual serão esclarecidos quais as possíveis doenças/deficiências que darão ensejo ao uso do testamento vital e quais tratamentos, dentre os existentes, poderão vir a ser utilizados na ocorrência de cada uma delas, sendo também lhe elucidado como se dão esses tratamentos e quais são os riscos existentes⁴⁴⁶. Dessa forma, o testador terá uma base mais sólida para decidir quais métodos terapêuticos serão utilizados e quais serão, por ele, recusados⁴⁴⁷.

A corroborar o disposto acima, insta transcrever o entendimento de Lippmann, que preleciona, literalmente:

“Uma das funções mais importantes do médico é, na medida do possível, antecipar e mostrar claramente as decisões que poderão ser tomadas a cada passo do processo terapêutico, no caso de evolução de uma doença preexistente.”⁴⁴⁸

Caso o testador possua um médico que seja de sua confiança, é possível a inserção de uma cláusula em seu testamento vital afirmando que este será o médico que o tratará⁴⁴⁹. No caso, o testador deverá elucidar no referido documento que todos os gastos decorrentes dos seus tratamentos médicos serão supridos com

⁴⁴³ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

⁴⁴⁴ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

⁴⁴⁵ Ibidem.

⁴⁴⁶ Ibidem.

⁴⁴⁷ Ibidem.

⁴⁴⁸ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 42.

⁴⁴⁹ Ibidem.

seu patrimônio, assim como os demais procedimentos médicos que o médico achar necessário, de forma que o que está disposto no testamento vital nunca seja desrespeitado⁴⁵⁰.

Já no que concerne ao momento para se elaborar um testamento vital, evidencia-se que não há um tempo ideal, sendo a lucidez do declarante no momento da confecção do documento o único requisito exigido⁴⁵¹. Para Lippmann, esse tempo ideal se daria logo após o paciente ser diagnosticado de sua patologia⁴⁵². Nesse seguimento, o paciente poderá, após uma profunda análise com seus parentes e equipe médica encarregada de seus tratamentos, decidir em quais termos se dará o documento⁴⁵³.

Diante desta perspectiva, um enfermo que esteja acometido de uma grave doença pode perfeitamente confeccionar seu testamento vital sem quaisquer embaraços, contanto que esteja consciente de seus atos⁴⁵⁴. Para tanto, é imprescindível que não haja confusões com seu quadro clínico⁴⁵⁵.

Com efeito, os países que regulamentam o testamento vital vedam expressamente a ocorrência de qualquer hipótese em que o médico que esteja tratando do estado de saúde deste paciente gravemente doente possa ser a testemunha de suas Diretivas Antecipadas de Vontade. Da mesma forma, os funcionários do hospital em que o paciente encontra-se internado, bem como o responsável por tal estabelecimento, não podem, de forma alguma, nestes países, servirem de testemunha⁴⁵⁶.

Como visto alhures, o testamento vital, dentre tantos outros propósitos, se destina principalmente a servir como um instrumento no qual o indivíduo possa deixar suas vontades e preferências declaradas acerca de quais medidas tomar quando – e se – encontrar-se em um estado terminal futuramente⁴⁵⁷. Importante se faz ressaltar que essas declarações – DAV – devem ser feitas antes do indivíduo

⁴⁵⁰ Ibidem.

⁴⁵¹ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

⁴⁵² Ibidem.

⁴⁵³ Ibidem.

⁴⁵⁴ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

⁴⁵⁵ Ibidem.

⁴⁵⁶ Ibidem.

⁴⁵⁷ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

chegar ao respectivo estado, pois aí, então, ele provavelmente não conseguirá expressar suas vontades de forma clara e consciente⁴⁵⁸.

No vertente caso, é necessário mencionar que, caso a vontade do indivíduo seja apenas em manter os cuidados paliativos, dispensando, assim, todos os tratamentos aos quais ele poderia ser submetido, então ele deverá deixar tal desejo expresso em seu testamento vital. Sabe-se, conforme já vastamente analisado acima, que os cuidados paliativos consistem em medidas que visam a suavizar a dor sentida pelo paciente, tanto física como emocional⁴⁵⁹, limitando o uso de medicamentos e tratamentos a oferecer-lhe – à medida do possível – o conforto necessário para que ele tenha uma morte digna, sem, contanto, adiantá-la ou adiá-la.

Consoante o que preleciona o Código de Ética Médica – CEM, os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes de exercer os atos da vida civil, ao serem identificados com alguma doença, podem opinar acerca dos procedimentos que serão adotados pelo médico que esteja cuidando do caso⁴⁶⁰. Para tanto, é necessário que eles consigam ter plena consciência da doença que desenvolveram, bem como dos efeitos surtidos por ela⁴⁶¹. Desta forma, é recomendável que o profissional de saúde busque o assentimento das crianças e dos adolescentes antes de submetê-los a quaisquer tratamentos. Se faz mister esclarecer a diferença entre os termos assentimento e consentimento, sendo este último dado apenas por pessoas adultas, plenamente capazes de tomar suas próprias decisões, conforme o CC⁴⁶².

Neste contexto, porém, se faz uma ressalva, que consiste no desenvolvimento de alguma doença de maior complexidade pela criança ou adolescente. No caso, então, deverá se buscar, além do assentimento do paciente, o consentimento e a presença durante todo o tratamento de seus responsáveis legais⁴⁶³.

Os menores de idade que já atingiram a idade de 16 anos, tornando-se relativamente incapazes, são habilitados para confeccionarem seu testamento vital,

⁴⁵⁸ Ibidem.

⁴⁵⁹ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

⁴⁶⁰ Ibidem.

⁴⁶¹ Ibidem.

⁴⁶² LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

⁴⁶³ Ibidem.

caso assim o queiram, contudo o consentimento dos seus responsáveis legais ainda se faz extremamente necessária⁴⁶⁴.

Caso haja alguma discordância entre a vontade externada pelo adolescente e o desejo dos responsáveis legais, deve ser prevalecida a vontade destes últimos, e o testamento vital não poderá ser elaborado⁴⁶⁵, “pois o menor de 18 anos não tem capacidade jurídica, ou seja, ele não é considerado como alguém capaz de decidir sobre seus atos de maneira autônoma e independente”⁴⁶⁶

A Resolução 1.995/2012 do CFM não cobra como requisito obrigatório a presença de um advogado para que se produza um testamento vital, todavia também não a proíbe, a deixando – assim – a critério do testador.

Nesse contexto, urge trazer à explicação o entendimento de Lippmann, que afirma ser fundamental a presença do advogado na hora de se elaborar um testamento vital, pois, desta forma, o testador poderá ser esclarecido quanto a todas as dúvidas que podem lhe surgir durante o processo, ficando ciente de todos os seus direitos e obrigações, bem como terá um conhecimento mais amplo de como deve se confeccionar um testamento vital, quais são os requisitos necessários, bem como qual é o objetivo a que ele se propõe⁴⁶⁷.

Caso o testador opte por contratar um advogado para auxiliá-lo na produção de seu testamento vital, então este deve explicar ao seu cliente, de forma que não reste dúvidas, como se dá a sucessão patrimonial, o recomendando, a depender de seu caso, a elaborar um testamento patrimonial⁴⁶⁸.

Da mesma forma que a presença de um advogado não é obrigatório para se elaborar um testamento vital, o registro em cartório, como já foi mencionado acima, também não se faz necessário, embora seja recomendável, eis que, desta forma, as DAV tornam-se um documento de fácil acesso, tendo o testador meios de recuperá-lo caso o perca⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ Ibidem.

⁴⁶⁵ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 46.

⁴⁶⁷ Ibidem.

⁴⁶⁸ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

⁴⁶⁹ Ibidem.

Se o testador optar por registrar o testamento vital em cartório, é indispensável que o faça através de escritura pública de declaração de vontade⁴⁷⁰.

Não raro, o testamento vital pode ser revogado a qualquer tempo, sem que o testador precise apresentar justificar seus motivos. Para tal fim, requer-se apenas que seja elaborado um documento contendo a sua nova vontade, revogando, assim, a antiga declaração, ou que o testador rasgue as suas DAV, caso estas não tenham sido registradas em cartório⁴⁷¹. De uma forma ou de outra, é primordial que o seu procurador de saúde seja alertado acerca das mudanças realizadas⁴⁷², afinal, é ele quem irá fazer valer os interesses do enfermo caso este venha a se encontrar em estado terminal futuramente, e, caso não seja alertado de que as declarações contidas no testamento vital não valem mais, porque foram revogadas, então, ao ser porta-voz do paciente em um dado momento futuro, defenderá os interesses errados, fazendo com que se concretizem vontades diversas das desejadas pelo testador.

Para se certificar de que as declarações feitas em seu testamento vital não valerão mais, o testador pode, além de tomar as medidas supracitadas, alertar o seu médico de confiança ou o hospital que costuma frequentar ou, ainda, o seu plano de saúde acerca das alterações feitas, além de comunicar a todos os conhecidos e amigos⁴⁷³.

Caso o testador só venha a mudar de ideia quanto à validade do que está disposto em seu testamento vital após ser internado, almejando revoga-lo ou modifica-lo, ele deve comunicar seu novo desejo a algum profissional de saúde ou ao seu procurador de saúde, exigindo que esta informação esteja contida em seu prontuário médico, devidamente assinado por ele.⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ Ibidem.

⁴⁷¹ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

⁴⁷² Ibidem.

⁴⁷³ Ibidem.

⁴⁷⁴ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

CONCLUSÃO

Após serem realizados os estudos necessários para a elaboração deste trabalho, concluiu-se que há muitas questões pertinentes ao tema não passíveis de serem respondidas, como, por exemplo, a questão levantada inicialmente sobre o quê, diante do enfoque dado a este trabalho, receberia maior destaque: O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ou o direito à vida. Nesse sentido, observa-se que, apesar da Resolução Nº 1.995/2012 do CFM ter trazido normatividade ao procedimento relativo ao testamento vital e a Resolução Nº 1.805/2006 afirmar que o paciente pode sim limitar e/ou suspender tratamentos que prolonguem sua vida, não foram encontrados meios que permitissem ser afirmado, indubitavelmente, que o princípio da dignidade da pessoa humana é o que ganha maior relevância jurídica frente ao cenário apresentado pelo testamento vital. Isto porque, conforme visto ao longo de todo o trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida se dão de forma proporcional, devendo ser analisado o caso concreto antes da tomada de qualquer decisão e não apenas o caráter normativo apresentado por determinadas situações, pois, afinal, são situações decorrentes de casos concretos em que o estado terminal de um indivíduo não se dará exatamente da mesma forma do estado terminal de outro, apesar de, no final, ambos receberem o mesmo status de pacientes terminais.

Nesse sentido, não é apenas porque as Resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina normatizam o testamento vital, especificando em quais termos ele se dará, que o seu titular deverá, por exemplo, fazer uso de sua prerrogativa de limitar os tratamentos médicos que prolongarão sua vida. Há uma série de questões a serem analisadas antes da elaboração deste documento, pois, embora possa ser revogável a qualquer tempo, o testador muito dificilmente saberá o momento exato em que encontrar-se-á em estado terminal, se é que esse estado se dará um dia, e pode ser que, ao vivenciar uma situação que o levará a esta condição, as disposições contidas em seu testamento vital já não traduzam seu desejo perante àquela situação. Nesse mesmo sentido, pode ser que o indivíduo ache extremamente desnecessário ser submetido a tratamentos que, em tese, não farão com que a sua vida volte a ser como era antes, apenas terão o condão de prolongar sua dor e sofrimento; contudo, ao ser encontrado em uma situação de terminalidade de vida, pode ser que seu pensamento mude e, por razões pessoais –

as quais se alteram de pessoa para pessoa, não sendo sempre as mesmas – ele queira que todos os tratamentos possíveis e existentes sejam realizados em um intuito não talvez de recuperar sua vida, mas apenas de afastar o acontecimento da morte, sendo tal desejo motivado pelo medo que acomete as pessoas quando encontram-se próximas ao seu falecimento.

Não se sabe o que vem depois da morte, é um mistério que toma conta de toda a nossa existência, sendo que, enquanto indivíduos saudáveis, podemos ter um determinado pensamento perante a este acontecimento, futuro e certo, contudo, ao nos encontrarmos em situação que poderá de fato nos levar a este acontecimento, é provável que nosso pensamento mude completamente. Isto se dá porque a teoria diverge quase que completamente da prática em determinados casos. Não sabemos com certeza absoluta qual será a nossa reação diante da morte, apesar de termos algumas deduções a respeito.

É nesse sentido que se faz primordial o cuidado na escolha do procurador dos cuidados de saúde. O indivíduo que queira realizar seu testamento vital não deve, de forma alguma, escolher de forma aleatória seu procurador. É estritamente recomendável que o outorgante conheça a pessoa que nomeará como seu representante, que tenha total confiança nela e já tenha, através de outras oportunidades, confirmado sua lealdade para com ela, isto porque será esta pessoa, o representante legal do testador, que terá o poder de decisão de sua vida caso seu testamento vital encontre-se com ambiguidades ou, embora devidamente esclarecido, os médicos optem por não seguir suas disposições.

O procurador dos cuidados de saúde é quem funcionará como sendo o porta-voz do enfermo, que se encontrará totalmente impossibilitado de expressar sua vontade. Diante desta informação, caso o testador, por exemplo, nomeie uma pessoa que julgue ser mau caráter para ser seu representante legal nesses casos, ou alguém vingativo, poderá esperar que, quando encontrar-se debilitado, esta pessoa não siga à risca as diretrizes por ele fornecidas. Esta escolha do procurador dos cuidados de saúde é a escolha que exige maior cautela em todo o procedimento de elaboração do testamento vital, uma vez que, ao se escolher a pessoa errada, todo procedimento poderá restar comprometido.

Paralelamente ao subjetivismo que envolve o processo de confecção de um testamento vital, não se pode olvidar da carência da edição de uma Lei que

regulamente a questão no país, suprimindo as dúvidas objetivas que circundam o instituto supracitado, como, a título de exemplo, prazos de validade, possibilidade de fazer se representar por mais pessoas, dentre tantas outras. Nessa esteira, pode-se discutir ainda se a quantidade mínima de estudos realizados no Brasil, quando comparados com os avanços obtidos em outros países, não são decorrentes da ausência desta Lei regulamentadora, a qual, se editada, traria maior segurança jurídica aos enfermos de que suas preferências, previamente estabelecidas no documento, seriam de fato cumpridas, independentemente de qualquer eventualidade.

Diante das informações correlatadas com os estudos realizados para a realização do pertinente trabalho, pude concluir que o instituto do testamento vital, enquanto negócio jurídico, é válido em nosso país. Para chegar a esta conclusão, direcionei minha atenção aos preceitos constitucionais que, quando unidos, podem sofrer notórias contradições – o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

É certo que o direito à vida é um direito fundamental e, em tese, indisponível, contudo, conforme apontado no início deste trabalho, o ideal é que este direito caminhe lado a lado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, em uma análise mais profunda, constatei que o direito à vida apenas possui sentido quando esta vida é digna, ou seja, quando seu titular encontra-se saudável, portando todas as condições necessárias para usufruí-la a bom modo. Ora, se fosse o contrário, então haveria, por via de consequência, a infração a um dos preceitos constitucionais supracitados, isto porque, se um enfermo em estado terminal, cuja vida já não possui os mesmos valores de antes, é proibido de dispor desta vida, tendo que enfrenta-la inclusive em condições deploráveis, então há uma lógica agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois este paciente, apesar de possuir uma vida, não poderá mais usufruí-la com dignidade, pois precisará de auxílio de aparelhos até para exercer os atos mais básicos da vida humana, como respirar, por exemplo.

Noutra banda, caso se faça prevalecer o alusivo princípio, então, no caso do paciente terminal, haverá uma clara lesão a um dos direitos fundamentais, considerado pela doutrina majoritária como sendo o mais primordial dentre eles – o direito à vida.

O enfermo em estado terminal, conforme severamente analisado, não possui condições de usufruir de uma vida plena, sendo que, em muitos casos, ele sequer possui conhecimento de que ainda está vivo, isto porque já lhe ocorreu a morte encefálica, a qual caracteriza-se pelo comprometimento definitivo do tronco encefálico – em outros termos, o paciente apenas ainda respira e possui sua circulação sanguínea em funcionamento exclusivamente por conta dos aparelhos que estão ligados a ele.

Nessa acepção, ao se decidir pelo desligamento dos aparelhos, lesiona-se o nosso maior bem, a vida, contudo respeita-se o princípio da dignidade da pessoa humana, pois este paciente não será obrigado a estar em uma vida que não lhe traz mais qualquer benefício. Sabe-se que medicina trata a morte como o maior dos males, o que deve ser combatido a todo custo, contanto, a meu ver, os profissionais de saúde devem também averiguar se os meios pelos quais eles estão mantendo seus pacientes vivos estão, de alguma forma, comprometendo sua dignidade. Nesse diapasão, devem se questionar se a melhor decisão não seria optar por desligar os aparelhos e deixar a vida seguir seu curso natural, fornecendo apenas cuidados paliativos ao enfermo que já possui sua morte quase certa, cujo quadro clínico apresenta expectativa de cura baixíssima, se assim ele tiver disposto em seu testamento vital.

Por fim, urge mencionar que minha conclusão pela validade do testamento vital foi baseada também nos requisitos necessários para que se configure um negócio jurídico, requisitos esses que são devidamente preenchidos pelo instituto supracitado. Vejamos.

Como é cediço, o testamento vital apresenta as características básicas para que se enquadre na definição de negócio jurídico: a vontade declarada do testador, forma e objeto lícito.

Nada obstante, embora não haja, em nosso ordenamento jurídico, lei atinente ao respectivo instituto, sabe-se que, quando a lei não especifica uma forma a ser usada em algum negócio jurídico, é porque considerará válida a forma a qual for adotada, sendo esta livre.

Já no que tange ao objeto, este se traduz no direito à vida do enfermo e à sua dignidade, sendo que, em meu entendimento, algum desses deverá ser lesionado para que o outro faça jus a seu valor perante o caso concreto.

Nesse *interim*, é certo que os estudos realizados para a elaboração deste trabalho me forneceram o embasamento necessário para concluir pela plena eficácia do testamento vital, eis que, além das Resoluções Nº 1.805/2006 e Nº 1.995/2012 – ambas do CFM – trazerem regulamentação ao tema, não foram encontrados quaisquer óbices que pudessem impedir o encaixe do referido testamento na definição de negócio jurídico, conforme visto alhures.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cristiane Avancini. Diretivas Antecipadas de vontade e testamento vital: considerações sobre linguagem e fim de vida. *In: Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 61, n. 427, maio 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 2004. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf> Acesso em: 30 set. 2015.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. A aplicabilidade do testamento vital no Brasil. *In: Revista Síntese: direito de família*, v. 15, n. 77, abr./maio 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de morrer dignamente*: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. Salvador: Revista dos Tribunais, 2001. p. 283-305.

BRASIL, Código Civil. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 set. 2015.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Exposição de motivos da resolução CFM nº 1805/2006 de 28 de novembro de 2006*. Dispõe sobre a prática da ortotanásia. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em 19 set. 2015.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1805/ 2006 de 28 de novembro de 2006*. Dispõe sobre a prática da ortotanásia. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em 15 set. 2015.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1995/2012 de 31 de agosto de 2012*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, 2012. Disponível: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 out. 2015.

BRASIL, Seção Judiciária do Distrito Federal. 14ª Vara Federal. *Ação civil pública n. 2007.34.00.014809-3*. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa de recurso de agravo. RE-AgR 271286/RS. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello. Rio Grande do Sul, 12, de setembro, de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103463&base=baseAcordados>>. Acesso em: 17 set. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013..

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Tutela penal do direito à vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Após regulamentação, cresce 690% o número de testamentos vitais lavrados no Brasil, 2015. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5717/Ap%C3%B3s+regulamenta%C3%A7%C3%A3o%2C+cresce+690%25++o+n%C3%BAmero+de+testamentos+vitalis+lavrados+no+Brasil#.Vcu976DY2Hg.email>> Acesso em: 19 set. 2015.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 48, dez 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4528>. Acesso em 01 out 2015.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: O direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*.

MACHADO, Calixto. Diagnosis of brain death, 2010. Disponível em: <<http://www.pagepress.org/journals/index.php/ni/article/view/ni.2010.e2/1842>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia, Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellleutanasia.htm>. Acesso em: 02 out. 2015.

MARTINS, Carolina Araujo; FERREIRA, Camila Sousa de Araujo. *O testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro*: Sua validade ante a autonomia da vontade e uma análise crítica sob o prisma do direito comparado, 2015. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-testamento-vital-no-ordenamento-juridico-brasileiro/129867/>> Acesso em: 20 out. 2015.

MARTINS, Celso Luiz. *Medicina legal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, Renata. *Ortotanásia*: O Direito à Morte Digna. Curitiba: Juruá, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, Rodrigo Santos. *O Testamento Vital*: Autonomia Privada X Direito à Vida. Revista Síntese: direito de família. ano XV. n. 80. out./nov. 2013.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 10. ed. Método: São Paulo, 2013.

PENALVA, Luciana Dadalto. As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/12_265.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015

PORTUGAL. *Lei nº 25/ 2012, de 16 de junho*. Diário da República. 16 jul. 2012. Disponível: <<http://www.portaldasaude.pt/NR/rdonlyres/0B43C2DF-C929-4914-A79AE52C48D87AC5/0/TestamentoVital.pdf>>. Acesso em 02 out. 2015.

SANTORO, Luciano Freitas. *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SILVA, Ana Elisa da. *O testamento e seus elementos constitutivos: um estudo sobre a manifestação de vontade do testador*, 2010. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5124> Acesso em: 21 set. 2015.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005

XIMENES, Rachel Leticia Curcio. *Direito sucessório: testamento vital e o direito à dignidade*, 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/testamento-vital-e-o-direito-a-dignidade/13080>> Acesso em: 21 set. 2015.

ANEXOS

ANEXO A - RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006 (Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169)

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;

CONSIDERANDO o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil;

CONSIDERANDO o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;

CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;

CONSIDERANDO que o art. 1º da Resolução CFM nº 1.493, de 20.5.98, determina ao diretor clínico adotar as providências cabíveis para que todo paciente hospitalizado tenha o seu médico assistente responsável, desde a internação até a alta;

CONSIDERANDO que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em reunião plenária de 9/11/2006,

RESOLVE:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília, 9 de novembro de 2006

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE
Presidente

LÍVIA BARROS GARÇÃO
Secretária-Geral

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A medicina atual vive um momento de busca de sensato equilíbrio na relação médico-enfermo. A ética médica tradicional, concebida no modelo hipocrático, tem forte acento paternalista. Ao enfermo cabe, simplesmente, obediência às decisões médicas, tal qual uma criança deve cumprir sem questionar as ordens paternas. Assim, até a primeira metade do século XX, qualquer ato médico era julgado levando-se em conta apenas a moralidade do agente, desconsiderando-se os valores e crenças dos enfermos. Somente a partir da década de 60 os códigos de ética profissional passaram a reconhecer o doente como agente autônomo.

À mesma época, a medicina passou a incorporar, com muita rapidez, um impressionante avanço tecnológico. Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) e novas metodologias criadas para aferir e controlar as variáveis vitais ofereceram aos profissionais a possibilidade de adiar o momento da morte. Se no início do século XX o tempo estimado para o desenlace após a instalação de enfermidade grave era de cinco dias, ao seu final era dez vezes maior. Tamanho é o arsenal tecnológico hoje disponível que não é descabido dizer que se torna quase impossível morrer sem a anuência do médico.

Bernard Lown, em seu livro *A arte perdida de curar*, afirma: “As escolas de medicina e o estágio nos hospitais os preparam (os futuros médicos) para tornarem-se oficiais-maiores da ciência e gerentes de biotecnologias complexas. Muito pouco se ensina sobre a arte de ser médico. Os médicos aprendem pouquíssimo a lidar com a morte. A realidade mais fundamental é que houve uma revolução biotecnológica que possibilita o prolongamento interminável do morrer.”

O poder de intervenção do médico cresceu enormemente, sem que, simultaneamente, ocorresse uma reflexão sobre o impacto dessa nova realidade na qualidade de vida dos enfermos. Seria ocioso comentar os benefícios auferidos com as novas metodologias diagnósticas e terapêuticas. Incontáveis são as vidas salvas em situações críticas, como, por exemplo, os enfermos recuperados após infarto agudo do miocárdio e/ou enfermidades com graves distúrbios hemodinâmicos que foram resgatados plenamente saudáveis por meio de engenhosos procedimentos terapêuticos.

Ocorre que nossas UTIs passaram a receber, também, enfermos portadores de doenças crônico-degenerativas incuráveis, com intercorrências clínicas as mais diversas e que são contemplados com os mesmos cuidados oferecidos aos agudamente enfermos. Se para os últimos, com freqüência, pode-se alcançar plena recuperação, para os crônicos pouco se oferece além de um sobreviver precário e, às vezes, não mais que vegetativo. É importante ressaltar que muitos enfermos, vítimas de doenças agudas, podem evoluir com irreversibilidade do quadro. Somos expostos à dúvida sobre o real significado da vida e da morte. Até quando avançar nos procedimentos de suporte vital? Em que momento parar e, sobretudo, guiados por que modelos de moralidade?

Aprendemos muito sobre tecnologia de ponta e pouco sobre o significado ético da vida e da morte. Um trabalho publicado em 1995, no *Archives of Internal*

Medicine, mostrou que apenas cinco de cento e vinte e seis escolas de medicina norte-americanas ofereciam ensinamentos sobre a terminalidade humana. Apenas vinte e seis dos sete mil e quarenta e oito programas de residência médica tratavam do tema em reuniões científicas.

Despreparados para a questão, passamos a praticar uma medicina que subestima o conforto do enfermo com doença incurável em fase terminal, impondo-lhe longa e sofrida agonia. Adiamos a morte às custas de insensato e prolongado sofrimento para o doente e sua família. A terminalidade da vida é uma condição diagnosticada pelo médico diante de um enfermo com doença grave e incurável; portanto, entende-se que existe uma doença em fase terminal, e não um doente terminal. Nesse caso, a prioridade passa a ser a pessoa doente e não mais o tratamento da doença.

As evidências parecem demonstrar que esquecemos o ensinamento clássico que reconhece como função do médico *“curar às vezes, aliviar muito freqüentemente e confortar sempre”*. Deixamos de cuidar da pessoa doente e nos empenhamos em tratar a doença da pessoa, desconhecendo que nossa missão primacial deve ser a busca do bem-estar físico e emocional do enfermo, já que todo ser humano sempre será uma complexa realidade biopsicossocial e espiritual.

A obsessão de manter a vida biológica a qualquer custo nos conduz à obstinação diagnóstica e terapêutica. Alguns, alegando ser a vida um bem sagrado, por nada se afastam da determinação de tudo fazer enquanto restar um débil *“sopro de vida”*. Um documento da Igreja Católica, datado de maio de 1995, assim considera a questão: *“Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionais aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para a sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida”*.

Inevitavelmente, cada vida humana chega ao seu final. Assegurar que essa passagem ocorra de forma digna, com cuidados e buscando-se o menor sofrimento possível, é missão daqueles que assistem aos enfermos portadores de doenças em fase terminal. Um grave dilema ético hoje apresentado aos profissionais de saúde se refere a quando **não** utilizar toda a tecnologia disponível. Jean Robert

Debray, em seu livro *L'acharnement thérapeutique*, assim conceitua a obstinação terapêutica: *“Comportamento médico que consiste em utilizar procedimentos terapêuticos cujos efeitos são mais nocivos do que o próprio mal a ser curado. Inúteis, pois a cura é impossível e os benefícios esperados são menores que os inconvenientes provocados”*. Essa batalha fútil, travada em nome do caráter sagrado da vida, parece negar a própria vida humana naquilo que ela tem de mais essencial: a dignidade.

No Brasil, há muito o que fazer com relação à terminalidade da vida. Devem ser incentivados debates, com a sociedade e com os profissionais da área da saúde, sobre a finitude do ser humano. É importante que se ensine aos estudantes e aos médicos, tanto na graduação quanto na pós-graduação e nos cursos de aperfeiçoamento e de atualização, as limitações dos sistemas prognósticos; como utilizá-los; como encaminhar as decisões sobre a mudança da modalidade de tratamento curativo para a de cuidados paliativos; como reconhecer e tratar a dor; como reconhecer e tratar os outros sintomas que causam desconforto e sofrimento aos enfermos; o respeito às preferências individuais e às diferenças culturais e religiosas dos enfermos e seus familiares e o estímulo à participação dos familiares nas decisões sobre a terminalidade da vida. Ressalte-se que as escolas médicas moldam profissionais com esmerada preparação técnica e nenhuma ênfase humanística.

O médico é aquele que detém a maior responsabilidade da “cura” e, portanto, o que tem o maior sentimento de fracasso perante a morte do enfermo sob os seus cuidados. Contudo, nós, médicos, devemos ter em mente que o entusiasmo por uma possibilidade técnica não nos pode impedir de aceitar a morte de um doente. E devemos ter maturidade suficiente para pesar qual modalidade de tratamento será a mais adequada. Deveremos, ainda, considerar a eficácia do tratamento pretendido, seus riscos em potencial e as preferências do enfermo e/ou de seu representante legal.

Diante dessas afirmações, torna-se importante que a sociedade tome conhecimento de que certas decisões terapêuticas poderão apenas prolongar o sofrimento do ser humano até o momento de sua morte, sendo imprescindível que médicos, enfermos e familiares, que possuem diferentes interpretações e percepções morais de uma mesma situação, venham a debater sobre a terminalidade humana e sobre o processo do morrer.

Torna-se vital que o médico reconheça a importância da necessidade da mudança do enfoque terapêutico diante de um enfermo portador de doença em fase terminal, para o qual a Organização Mundial da Saúde preconiza que sejam adotados os cuidados paliativos, ou seja, uma abordagem voltada para a qualidade de vida tanto dos pacientes quanto de seus familiares frente a problemas associados a doenças que põem em risco a vida. A atuação busca a prevenção e o alívio do sofrimento, através do reconhecimento precoce, de uma avaliação precisa e criteriosa e do tratamento da dor e de outros sintomas, sejam de natureza física, psicossocial ou espiritual.

ANEXO B - RESOLUÇÃO CFM Nº 1.995/2012**CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA****RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/2012**
(Publicada no D.O.U. de 31 de agosto de 2012, Seção I, p.269-70)

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº

3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e

CONSIDERANDO a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;

CONSIDERANDO a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;

CONSIDERANDO que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais;

CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo;

CONSIDERANDO o decidido em reunião plenária de 9 de agosto de 2012,

RESOLVE:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 9 de agosto de 2012

ROBERTO LUIZ D'AVILA

Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA

Secretário-geral

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A Câmara Técnica de Bioética do Conselho Federal de Medicina, considerando, por um lado, que o tema diretivas antecipadas de vontade situa-se no âmbito da autonomia do paciente e, por outro, que este conceito não foi inserido no Código de Ética Médica brasileiro recentemente aprovado, entendeu por oportuno, neste momento, encaminhar ao Conselho Federal de Medicina as justificativas de elaboração e a sugestão redacional de uma resolução regulamentando o assunto.

Esta versão contém as sugestões colhidas durante o I Encontro Nacional dos Conselhos de Medicina de 2012.

JUSTIFICATIVAS

1) Dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida

Um aspecto relevante no contexto do final da vida do paciente, quando são adotadas decisões médicas cruciais a seu respeito, consiste na incapacidade de comunicação que afeta 95% dos pacientes (D'Amico *et al*, 2009). Neste contexto, as decisões médicas sobre seu atendimento são adotadas com a participação de outras pessoas que podem desconhecer suas vontades e, em consequência, desrespeitá-las.

2) Receptividade dos médicos às diretivas antecipadas de vontade

Pesquisas internacionais apontam que aproximadamente 90% dos médicos atenderiam às vontades antecipadas do paciente no momento em que este se encontra incapaz para participar da decisão (Simón-Lorda, 2008; Marco e Shears, 2006).

No Brasil, estudo realizado no Estado de Santa Catarina, mostra este índice não difere muito. Uma pesquisa entre médicos, advogados e estudantes apontou que 61% levariam em consideração as vontades antecipadas do paciente, mesmo tendo a ortotanásia como opção (Piccini *et al*, 2011). Outra pesquisa, também recente (Stolz *et al*, 2011), apontou que, em uma escala de 0 a 10, o respeito às vontades antecipadas do paciente atingiu média 8,26 (moda 10). Tais resultados, embora bastante limitados do ponto de vista da amostra, sinalizam para a ampla aceitação das vontades antecipadas do paciente por parte dos médicos brasileiros.

3) Receptividade dos pacientes

Não foram encontrados trabalhos disponíveis sobre a aceitação dos pacientes quanto às diretivas antecipadas de vontade em nosso país. No entanto, muitos pacientes consideram bem-vinda a oportunidade de discutir antecipadamente suas vontades sobre cuidados e tratamentos a serem adotados, ou não, em fim de vida, bem como a elaboração de documento sobre diretivas antecipadas (in: Marco e Shears, 2006).

4) O que dizem os códigos de ética da Espanha, Itália e Portugal

Diz o artigo 34 do Código de Ética Médica italiano: “Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tener conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso” (O médico, se o paciente não está em condições de manifestar sua própria vontade em caso de grave risco de vida, não pode deixar de levar em conta aquilo que foi previamente manifestado pelo mesmo – *traduzimos*). Desta forma, o código italiano introduziu aos médicos o dever ético de respeito às vontades antecipadas de seus pacientes.

Diz o artigo 27 do Código de Ética Médica espanhol: “[...] Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables”. Portanto, da mesma forma que o italiano, o código espanhol introduz, de maneira simples e objetiva, as diretivas antecipadas de vontade no contexto da ética médica.

O recente Código de Ética Médica português diz em seu artigo 46: “4. A actuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer”. No parágrafo seguinte diz que o médico poderá investigar estas vontades por meio de representantes e familiares.

Deste modo, os três códigos inseriram, de forma simplificada, o dever de o médico respeitar as diretivas antecipadas do paciente, inclusive verbais.

5) Comitês de Bioética

Por diversos motivos relacionados a conflitos morais ou pela falta do representante ou de conhecimento sobre as diretivas antecipadas do paciente, o médico pode apelar ao Comitê de Bioética da instituição, segundo previsto por Beauchamps e Childress (2002, p.275). Os Comitês de Bioética podem ser envolvidos, sem caráter deliberativo, em muitas decisões de fim de vida (Marco e Shears, 2006; Savulescu; 2006; Salomon; 2006; Berlando; 2008; Pantilat e Isaac; 2008; D'Amico; 2009; Dunn, 2009; Luce e White, 2009; Rondeau *et al*, 2009; Siegel; 2009). No entanto, embora possa constar de maneira genérica esta possibilidade, os Comitês de Bioética são raríssimos em nosso país. Porém, grandes hospitais possuem este órgão e este aspecto precisa ser contemplado na resolução.

Carlos Vital Tavares Corrêa Lima

Relator

**ANEXO C - SENTENÇA 652/2010, DE 1º DE DEZEMBRO DE 2010,
PROLATADA PELO JUIZ DA 14ª VARA DA JUSTIÇA FEDERAL DO DISTRITO
FEDERAL, ROBERTO LUIS LUCHI DEMO**

**PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL**

SENTENÇA Nº : _____/2010 - TIPO "A"
PROCESSO Nº : 2007.34.00.014809-3
AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

SENTENÇA

Trata-se de ação civil pública com pedido de antecipação de tutela ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra o CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA pleiteando o reconhecimento da nulidade da Resolução CFM n. 1.805/2006 e alternativamente sua alteração a fim de que se definam critérios a serem seguidos para a prática da ortotanásia.

Aduz que: [i] o Conselho Federal de Medicina não tem poder regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime; [ii] o direito à vida é indisponível, de modo que só pode ser restringido por lei em sentido estrito; [iii] considerado o contexto sócio-econômico brasileiro, a ortotanásia pode ser utilizada indevidamente por familiares de doentes e pelos médicos do sistema único de saúde e da iniciativa privada.

Intimado, o Conselho Federal de Medicina apresentou informações preliminares, asseverando a legitimidade da resolução questionada e a inexistência dos requisitos necessários à concessão da antecipação de tutela.

A antecipação de tutela foi deferida para suspender os efeitos da Resolução CFM n. 1.805/2006. O Conselho Federal de Medicina agravou de instrumento.

Devidamente citado, o Conselho Federal de Medicina contestou asseverando que: [i] a resolução questionada não trata de eutanásia, tampouco de distanásia, mas sim de ortotanásia; [ii] a ortotanásia, situação em que a morte é evento certo, iminente e inevitável, está ligada a um movimento corrente na comunidade médica mundial denominado Medicina Paliativa, que representa uma possibilidade de dar conforto ao paciente terminal que, diante do inevitável, terá uma morte menos dolorosa e mais digna; [iii] a ortotanásia não é considerada crime; e [iv] o direito à boa

morte é decorrência do princípio da dignidade humana, consubstanciando um direito fundamental de aplicação imediata.

A prova testemunhal requerida pelo Conselho Federal de Medicina foi deferida e produzida em audiência.

Em alegações finais, tanto o Ministério Público Federal como o Conselho Federal de Medicina pugnaram pela improcedência do pedido.

É o relatório. **Decido.**

Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me pois à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal nas suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina. E o faço com base nas razões da bem-lançada manifestação da ilustre Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira que, com sua habitual percuciência, esgotou o objeto da lide, *verbis*:

"A matéria posta em questão é certamente polêmica e encerra dilemas não apenas de ordem jurídica, como de cunho religioso, social e cultural.

Possivelmente, a diretriz a ser adotada por todos quantos a analisem será influenciada fortemente pela maior importância que se confira a cada uma daquelas condicionantes.

Realmente, a edição de uma tal norma pelo Conselho Federal de Medicina é, para os padrões culturais do Brasil, extremamente impactante, vindo a gerar, como gerou, grande celeuma.

O Ministério Público Federal entendeu que a norma ultrapassou as competências do CFM, por pretender regramento de fato que não comportava tal regramento, seja pelos limites jurídicos, seja pelos limites culturais que o Ilustre subscritor da inicial julga vigentes no Brasil.

Nesse sentido, é sem dúvida pertinente a discussão ampla do tema, já que a Resolução impugnada, pelo seu caráter normativo, poderia, na visão do DD. signatário da inicial, produzir efeitos incompatíveis com valores culturais e sociais caros à sociedade brasileira, importando, inclusive, em contrariedade às leis penais vigentes.

Entretanto, conforme passaremos a explicar, ousamos discordar do posicionamento externado na inicial, sem embargo da profundidade dos argumentos que sustentam a tese.

Nossa posição se resume, brevemente, em três premissas: 1) o CFM tem competência para editar a Resolução nº 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; 2) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; 3) a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com

pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial; 4) a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica; 5) os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida.

À guisa de introdução, teceremos comentários sobre conceitos que influenciam diretamente a opinião ministerial ora externada e o desfecho desta ação.

Considera-se **eutanásia** a provocação da morte de paciente terminal ou portador de doença incurável, através de ato de terceiro, praticado por sentimento de piedade. Na hipótese, existe doença, porém sem estado de degeneração que possa resultar em morte iminente, servindo a eutanásia, para, justamente, abreviar a morte, por sentimento de compaixão.

A eutanásia não conta com autorização legal em nosso país, configurando a prática o crime de homicídio doloso, podendo ser tratado como modalidade privilegiada, em razão do vetor moral deflagrador da ação.

Já a **distanásia** é o prolongamento artificial do estado de degenerescência. Ocorre quando o médico, frente a uma doença incurável e ou mesmo à morte iminente e inevitável do paciente, prossegue valendo-se de meios extraordinários para prolongar o estado de "mortificação" ou o caminho natural da morte. A distanásia é, frequentemente, resultado da aplicação de meios não ortodoxos ou usuais no protocolo médico, que apenas retardarão o momento do desenlace do paciente, sem trazer-lhe chances de cura ou sobrevida plena, e, às vezes, provocando-lhe maior sofrimento.

No meio das duas espécies, figura a **ortotanásia**, que significa a morte "no tempo certo", conceito derivado do grego "orthos" (regular, ordinário). Em termos práticos, considera-se ortotanásia a conduta omissiva do médico, frente a paciente com doença incurável, com prognóstico de morte iminente e inevitável ou em estado clínico irreversível.

Neste caso, em vez de utilizar-se de meios extraordinários para prolongar o estado de morte já instalado no paciente (que seria a distanásia), o médico deixa de intervir no desenvolvimento natural e inevitável da morte. Tal conduta é considerada ética, sempre que a decisão do médico for precedida do consentimento informado do próprio paciente ou de sua família, quando impossível for a manifestação do doente. Tal decisão deve levar em conta não apenas a segurança no prognóstico de morte iminente e inevitável, mas também o custo-benefício da adoção de procedimentos extraordinários que redundem em intenso sofrimento, em face da impossibilidade de cura ou vida plena.

A ortotanásia não se confunde com a chamada eutanásia passiva. É que, nesta, é a conduta omissiva do médico que determina o processo de morte, uma vez que a sua inevitabilidade ainda não está estabelecida.

Assim, os recursos médicos disponíveis ainda são úteis e passíveis

de manter a vida, sendo a omissão do profissional, neste caso, realmente criminosa.

A eutanásia, assim, na forma ativa ou passiva, é prática que provoca a morte do paciente, pois ainda não há processo de morte instalado, apesar do sofrimento físico e/ou psicológico que possa atingir o paciente. No entanto, a omissão em adotar procedimentos terapêuticos extraordinários quando a morte já é certa (ortotanásia), não produz a morte do paciente, uma vez que nenhum ato do médico sobre ele poderá evitar o evento do desenlace.

Por sua vez, a **mistanásia**, também chamada de "eutanásia social", é a morte provocada por problemas de infra-estrutura da saúde pública, que atinge direta e conscientemente a parcela mais pobre da população, que menos tem acesso a adequados recursos. Nem de longe tem relação com a ortotanásia, que é prática adotada pelo médico, com a anuência de quem de direito, não por imperativos de falta de mecanismos (aqui, sequer de anuência se cogita), mas por imperativo - ético e de consciência - de que, sendo inútil a adoção de recursos terapêuticos extraordinários, é desnecessário impor maior sofrimento ao paciente terminal.

Diante de tais conceitos, passemos a contrariar a tese central desta demanda, segundo a qual a ortotanásia constituiria crime de homicídio.

E, aqui, recorremos, de início, à doutrina do penalista Luiz Flávio Gomes:

"Na nossa opinião, mesmo de lege lata (tendo em vista o ordenamento jurídico vigente hoje), desde que esgotados todos os recursos terapêuticos possíveis e desde que cercada a morte de certas condições razoáveis (anuência do paciente, que está em estado terminal, sendo vítima de grande sofrimento, inviabilidade de vida futura atestada por médicos etc), a eutanásia (morte ativa), a morte assistida (suicídio auxiliado por terceiro) e a ortotanásia (cessação do tratamento) não podem ser enfocadas como um fato materialmente típico porque não constitui um ato desvalioso, ou seja, contra a dignidade humana, senão, ao contrário, em favor dela (no sentido de que a ortotanásia é juridicamente irreprovável cf. Luís Roberto Barroso, Folha de São Paulo de 04.12.06, p. C4) (...) A essa conclusão se chega quando se tem presente a verdadeira e atual extensão do conceito de tipo penal (dado pela teoria constitucionalista do delito, que sustentamos com base em Roxin, Frisch e Zaffaroni), que abrange (a) a dimensão formal-objetiva (conduta, resultado naturalístico, nexo de causalidade e adequação típica formal à letra da lei); (b) a dimensão material-normativa (desvalor da conduta + desvalor do resultado jurídico + imputação objetiva desse resultado) e (c) a dimensão subjetiva (nos crimes dolosos). A "morte digna", que respeita a razoabilidade (quando atendida uma série enorme de condições), elimina a dimensão material-normativa do tipo (ou seja: a tipicidade material), porque a morte, nesse caso, não é arbitrária, não é desarrazoada. Não há que se falar em resultado jurídico desvalioso nessa situação" (Artigo "Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte?" Jus navigandi, Teresina, ano 11, n. 1305, 27 jan 2007, fls. 539/541).

Em seguida, o pensamento do sempre luminar Luís Roberto Barroso, sobre a resolução impugnada:

"(...) uma tese melhor é que o Código Penal deve ser interpretado à luz da Constituição, sob princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da liberdade. A liberdade envolve direito à autodeterminação, desde que o exercício dessa liberdade seja lúcido e não interfira no direito de uma outra pessoa. O segundo princípio que legitima a resolução é o da dignidade da pessoa humana, que compreende, além do direito a uma vida, o direito a uma morte digna. Não há nenhuma dúvida, nem ética, nem jurídica, à luz dos valores sociais e dos princípios constitucionais, de que a ortotanásia é legítima. A resolução é uma interpretação adequada da Constituição" (fls. 528/535)

Vê-se, pois, que se chega à conclusão da atipicidade material do suposto crime de homicídio, ainda que privilegiado, decorrente da prática de ortotanásia, levando-se em consideração que a falta de adoção de terapêuticas extraordinárias, pelo médico, para prolongar um estado de morte já instalado em paciente terminal (desde que autorizado por quem de direito) não conduz a um resultado desvalioso no campo penal, considerando a necessária interação que os princípios constitucionais - todos derivados da diretriz primordial da preservação da dignidade da pessoa humana - têm de estabelecer com a moderna teoria do fato típico, balizando a interpretação do direito penal vigente.

De outro lado, a própria configuração da omissão de socorro, que se poderia pensar decorrente da prática da ortotanásia, é igualmente descartada por Mário Roberto Hirschheimer e Clóvis Francisco Constantino, em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM (fls.735/739) :

"O art. 135 do CP conceitua o crime de omissão de socorro como: *"Deixar de prestar assistência...à criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo, ou em grave e iminente perigo; ..."*Muitos entendem que suspender ou não indicar medidas de suporte de vida caracteriza, em qualquer circunstância, omissão de socorro. Estimula tal atitude o que diz o art. 13 do CP: *"O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido"*. Partindo da premissa de que pacientes terminais estão em processo inexorável de morte e não há como salvar suas vidas, é permitido entender que o art. 135 do CP não se aplica a estes casos. Prestar assistência na forma de atenções para o bem-estar físico, social, mental e espiritual do paciente, com apoio, informações e esclarecimentos apropriados a ele e a seus familiares não significa *"deixar de prestar assistência"*.

O que os autores acima estabelecem é, na verdade, a quebra do nexo causal entre a ação do médico e o resultado (morte inevitável), circunstância que retira, assim, a tipicidade penal da conduta. O mesmo raciocínio aplica-se à interpretação do tipo homicídio à prática da ortotanásia, uma vez que, também nesta hipótese típica, não haverá crime se a conduta do indigitado autor não contribuir, em última análise, para a causação do resultado morte.

Outras considerações, desta feita no âmbito da bioética ou do biodireito podem ser úteis à compreensão do tema. Por exemplo, a opinião de Tereza Rodrigues Vieira:

"Ortotanásia significa morte correta, ou seja, a morte pelo seu processo natural. Neste caso o doente já está em processo natural da morte e recebe uma contribuição do médico para que este estado **siga seu curso natural**. Assim, ao invés de se **prolongar artificialmente o processo de morte** (distanásia), deixa-se que este se desenvolva naturalmente (ortotanásia). Somente o médico pode realizar a ortotanásia, e ainda não está obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste e muito menos aprazar sua dor. A Ortotanásia é conduta atípica frente ao Código Penal, pois não é causa de morte da pessoa, uma vez que o processo de morte já está instalado. Desta forma, diante de dores intensas sofridas pelo paciente terminal, consideradas por este como intoleráveis e inúteis, o médico deve agir para amenizá-las, mesmo que a consequência venha a ser, indiretamente, a morte do paciente" (Bioética e direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 90.).

E a visão do Ilustre Promotor de Justiça Diaulas Costa Ribeiro, sobre o assunto:

"Mas a suspensão do esforço terapêutico tem suporte, entre nós, na Constituição Federal (art. 1º, III, e art. 5º, III), que reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático brasileiro e diz expressamente: ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; no Código Civil (art. 15), que autoriza o paciente a recusar determinados procedimentos médicos; na Lei nº 8080/90 (art. 7º, III), que reconhece o direito à autonomia do paciente; e no Código de Ética Médica, que repete esses mesmos princípios legais e ainda proíbe ao médico realizar procedimentos terapêuticos contra a vontade do paciente, fora de um quadro de emergência médica de salvação, o que não é o caso de um quadro irreversível, sem nenhuma resposta a qualquer tipo de tratamento" (fls. 112/120).

Releva notar que o Ministério da Saúde, na Portaria nº675/GM, de 30 de março de 2006, aprovou a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, entre eles o de consentimento ou a recusa de forma livre, voluntária e esclarecida, depois de adequada informação, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se isso acarretar risco à saúde pública. Foi-lhe também assegurado, como afirma novamente Diaulas Ribeiro, "o direito de opção pelo local de morte, que contempla o direito de opção pelo tempo da morte. Esse direito atende à reivindicação de desospitalização do paciente, recusada por médicos sob o temor de estarem, com a alta a pedido, concorrendo para a sua morte, o que também é inerente ao paternalismo e já não tem razão de ser neste novo contexto" (fl. 119).

Do ponto de vista constitucional, portanto, é plenamente possível e razoável sustentar-se a atipicidade (homicídio privilegiado ou omissão de socorro) da conduta médica de deixar de adotar procedimentos terapêuticos excepcionais para prolongar artificialmente o processo de morte do paciente terminal.

Assim, a pecha de que a Resolução nº 1805/2006, do CFM, viola a ordem jurídica, porque descriminaliza conduta penal, já não tem lugar na presente discussão.

De outra parte, mesmo que nos dispuséssemos a não fazer uma interpretação constitucional da lei penal e, assim, considerássemos criminosa a ortotanásia, ainda assim parece-nos que a citada norma não mereceria a

reprovação que a inicial lhe imprimiu.

É que a Resolução não trata de direito penal. Não descrimina qualquer coisa, mas apenas põe o médico a salvo de contestação ético-disciplinar, caso decida adotar procedimentos que configurem a ortotanásia. Desse modo, cai por terra o argumento, alinhavado na inicial, de que o Conselho Federal de Medicina não teria competência para normatizar o tema.

Se considerarmos que a Resolução visa a conferir maior segurança e tranqüilidade ao médico, em face de possíveis posteriores ameaças de ser enquadrado no Código Penal pátrio como homicida ou autor de omissão de socorro, não se poderá objetar o seu poder regulamentar, já que se trata de regramento do ato médico, dos limites do proceder médico em face dos princípios regentes da profissão (autonomia, beneficência, não-maleficência, entre outros), em prol do bem comum, da função social da Medicina e da higidez ética no trato da vida e da morte.

Em resumo, na hipótese de que cuida a Resolução nº 1805/2006, o médico até poderá vir a ser responsabilizado por eventual crime cometido (que, em tese, pode ser descartado, como afirmamos, mas, em algum caso concreto, poderá ser apurado e constatado), mas é certo que estará a salvo do questionamento ético-disciplinar, porque este é o limite da "autorização" prevista na resolução impugnada.

Portanto, o Conselho Federal de Medicina não exorbitou de seu poder regulamentar, certo que tem atribuição legal para expedir normas disciplinares da profissão e da conduta médica.

Tal é ponto de vista de Maria Elisa Villas Boas: *"Recentemente publicada, a Resolução, a rigor, não era necessária. Ela não permite nada. Só ratifica o que já é permitido. Vem, todavia, afinal dirimir algumas dúvidas, mais comuns no lidar com pacientes em final de vida. Foi preciso muita discussão e maturamento para se chegar à conclusão - algo óbvia, é de se dizer - de que ninguém é obrigado a morrer intubado, usando drogas vasoativas (para o coração se manter, a duras penas, batendo) e em procedimentos dialíticos numa UTI. O Direito não pode obrigar isso. O Direito não tem por que obrigar isso. Não, não é crime morrer em casa, ou sob cuidados que mais se aproximem dos domiciliares" (...)* A ortotanásia pregada na Resolução 1805/2006 não é a morte antecipada, deliberadamente provocada, como na idéia atual de eutanásia. **É a morte mais natural e humana, quando já não se a pode evitar ou adiar a contento (...)**. Dizer que é ilegal a ortotanásia assim empreendida - quando, esgotados os recursos úteis, restam a mera futilidade e a obstinação terapêutica - significa dizer que é obrigatória a distanásia: a morte adiada a todo custo, às expensas de agonia, abuso terapêutico e desnecessário sofrimento, como numa tortura final, que condena o paciente à morte solitária, isolado dos seus entes queridos, nega-lhes a participação no processo de morrer, submete o paciente a mais e mais desconfortos, ainda que se os saiba incapazes de reverter o quadro mórbido e o processo de morte instaurados" (fl. 688).

A nosso ver, aliás, e em conformidade com a idéia acima exposta, a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando,

portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial.

A Resolução em foco busca apenas dar mais transparência a uma prática que já é comum, mas que é frequentemente escamoteada pelos médicos, por medo de que venham a sofrer represálias éticas ou jurídicas, dada a incompreensão que muitas vezes cerca o assunto.

No particular, é preciso entender que a ortotanásia se insere num contexto científico mais amplo denominado "medicina paliativa", que representa, em verdade, uma correção de rumos e certa quebra de paradigmas da medicina tradicional.

É cediço que devem reger a atividade do médico, dentre outros, os princípios da autonomia, da beneficência e da não-maleficência.

O **princípio da autonomia** reclama o envolvimento consciente do paciente no processo terapêutico e propugna o respeito às suas decisões. É direito do usuário do serviço de saúde, inclusive previsto na legislação brasileira, devendo, pois, ser sempre respeitado. Nesse prisma, para resguardar o princípio da autonomia no tratamento oferecido aos pacientes terminais, que, em geral, não apresentam estados mentais que permitam decidir conscientemente sobre as terapias possíveis, é sempre necessário recorrer à decisão da família ou do responsável legal, que passam a "falar" pelo paciente.

Saliente-se que a Resolução impugnada obedece a esse princípio, estabelecendo que o próprio paciente terminal ou sua família devem estar conscientemente envolvidos na decisão de suspender cuidados extraordinários que já não se mostrem úteis, uma vez considerado irreversível o processo de morte. E sempre terão direito a recorrer a outras opiniões médicas, caso não se sintam suficientemente esclarecidos para tomar esta ou aquela diretriz.

Quanto ao **princípio da beneficência**, é intuitivo concluir que compete ao médico fazer tudo quanto estiver ao seu alcance para melhorar as condições de vida do paciente. Mesmo que determinado tratamento possa lhe causar sofrimento, se houver chance de cura e possibilidade de êxito, deverá o médico procurar beneficiar o paciente.

Já o **princípio da não-maleficência** propugna que as atividades médicas, tanto quanto possível, não devem causar mal ao paciente ou devem causar-lhes apenas o mal necessário para que se restabeleça a sua saúde.

Normalmente, deve o médico por em destaque, numa escala de prioridades, o princípio da beneficência. Se há chances de salvar a vida do paciente, o remédio, por mais amargo que lhe pareça, deve-lhe ser aplicado, apesar dos incômodos que venha a causar. Ninguém discorda de que um tratamento quimioterápico provoca certos males ao paciente, que, no entanto, são suportados em prol do benefício que poderá gerar - a cura do câncer.

Pois bem. Quando se lida com pacientes terminais, de acordo com os conceitos da moderna medicina paliativa, invertem-se as perspectivas e, poderíamos dizer, o peso que os princípios da beneficência e da não-maleficência possuem.

É que, diagnosticada a terminalidade da vida, qualquer terapia

extra se afigurará ineficaz. Assim, já não se pode aceitar que o médico deva fazer tudo para salvar a vida do paciente (beneficência), se esta vida não

pode ser salva. Desse modo, sendo o quadro irreversível, é melhor - caso assim o paciente e sua família o desejem - não lançar mão de cuidados terapêuticos excessivos (pois ineficazes), que apenas terão o condão de causar agressão ao paciente. Daí é que se pode concluir que, nessa fase, o princípio da não-maleficência assume uma posição privilegiada em relação ao princípio da beneficência - visto que nenhuma medida terapêutica poderá realmente fazer bem ao paciente.

Então, o que propugna a medicina paliativa, em cujo contexto está a ortotanásia, é que, na impossibilidade de salvar a vida, deve-se deixar correr o processo natural - e irreversível - da morte, conferindo-se ao paciente o maior conforto que possa ter nos seus últimos dias (o que pode se limitar ao alívio da dor ou chegar até a desospitalização, se esta for a vontade do próprio paciente e de sua família).

Como se disse alhures, se é exato que os médicos que lidam com pacientes terminais, em sua maioria, já antepunham ao princípio da beneficência o da não-maleficência, há de se concluir que, do ponto de vista prático, nada mudou com a resolução do CFM. A conclusão deriva, além da análise dos numerosos estudos e artigos constantes destes autos, também dos preciosos depoimentos prestados em audiência de instrução, a saber:

À fl.824, o médico José Eduardo de Siqueira esclarece que *"a partir do diagnóstico da terminalidade, que é relativamente fácil e seguro, a postura médica tem sido a de ouvir uma equipe multidisciplinar, que inclui psicólogo, enfermagem, assistente social na busca de uma decisão sobre o tratamento mais adequado para aquela situação; que pode mencionar o caso de profissionais que, após conversar com a família e equipe multidisciplinar, decidem não aplicar o procedimento de ressuscitação, **mas para se resguardar, registram no prontuário que aplicou esse procedimento, mas não obteve sucesso;** que é correto dizer que **a resolução não alterou a prática médica, mas tão somente ensejou uma tranquilidade para os médicos** registrarem, especialmente no prontuário, o procedimento adotado conforme a realidade, sendo que, com suspensão da vigência da resolução, os médicos em nada alteraram a sua prática, mas omitem o registro efetivamente foi feito, existindo aí um pacto de silêncio".*

À fl. 823, o padre Leocir Pessini afirma *"que vários códigos de ética médica que foram revisados recentemente passaram a incluir, ao lado da vedação da eutanásia ativa, a vedação da obstinação terapêutica ou distanásia, a exemplo de Portugal, Canadá, Estados Unidos, Espanha e Itália".*

À fl. 822, a médica Cláudia Burlá sugere *"que na vigência da resolução a depoente observou que a publicação dessa norma deu uma maior tranquilidade para os médicos, que passaram então a procurar conhecer mais sobre o tratamento paliativo".*

À fl. 825, a médica Maria Goretti Sales Maciel assevera *"que durante a vigência da resolução, ou seja, do final de 2006 até o final de 2007, **não observou alteração alguma na prática médica, enfatizando somente que pode ter ocorrido mudança no registro prontuário, pois às vezes ocorria***

de o médico de plantão que vinha constatar o óbito do paciente registrar que aplicou procedimento que não foram aplicados na realidade, como procedimento de ressuscitação".

E à fl. 826, o médico Roberto Luiz D'Ávila diz *"que a resolução não é impositiva nem proibitiva de uma conduta (...), sendo que o objetivo real da resolução foi permitir que os médicos interrompessem ou não iniciassem tratamentos desproporcionais à doença e que de nada adiantariam, com tranquilidade no sentido de não serem punidos eticamente" .*

Pode-se dizer então que a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência em sua atuação e possibilitando inclusive maior controle de sua atividade.

Além disso, o receio de que os médicos viriam a encerrar indiscriminadamente os procedimentos terapêuticos de quaisquer pacientes ou de que poderiam errar no prognóstico também cede à constatação de que, na prática médica, o "expert", em virtude de sua experiência, tem quase absoluto grau de segurança para identificar a terminalidade da vida. Ainda segundo Roberto Luiz D'Ávila, no depoimento prestado nestes autos (fl. 826), *"existem diversas doenças que implicam o estado terminal, e todo médico está habilitado para reconhecer esses estados em cada doença específica, de maneira que se fosse regulamentar todos esses casos, a resolução seria muito longa e fatalmente incorreria em omissão, além disso a ortotanásia ocorre, como já salientado, em um ambiente de confiança entre o paciente, sua família e o médico".* Adiante, acrescenta que *"a maioria dos casos se refere à oncologia e os médicos têm conhecimento sobre o prognóstico de cada tipo de câncer, e no que se refere às outras doenças degenerativas, pela falência progressiva dos órgãos, é possível fazer esse prognóstico de morte próxima e iminente".*

Tanto maior será essa segurança quanto mais profissionais estiverem envolvidos no processo de discussão, daí a possibilidade de se buscar uma segunda opinião - como prevê a resolução - e a conveniência de se tomar tal tipo de decisão sempre em equipe, como se busca fazer nos melhores centros terapêuticos.

Frise-se que nem mesmo o receio de "o médico estar errado" ou a possibilidade - ainda que remotíssima - de "um milagre reverter o quadro" de um doente terminal impediu o Vaticano de realizar a vontade do Papa João Paulo II, de não mais se submeter a tratamento com sofrimento e que não lhe traria a cura para uma doença já terminal, em estado avançado. E, atente-se, estamos falando da Igreja Católica, que aceita a ortotanásia, não obstante reconheça a sacralidade do valor da vida.

Com efeito, a posição manifestada pela CNBB - Conferência Nacional dos Bispos no Brasil se baseia na Encíclica *Evangelium vitae* (O Evangelho da Vida, 1995), que permite ao doente renunciar ao "excesso terapêutico", quando este não lhe possa trazer mais benefícios (fls. 357/358).

Vale salientar que a dificuldade em estabelecer a terminalidade não é menor ou maior que outras dificuldades enfrentadas pelos

profissionais da medicina, ao diagnosticar uma doença rara ou ao optar por um tratamento em lugar de outros, sabendo-se que uma posição não exata poderá trazer conseqüências distintas para o paciente. Isso porque não existe 100% de certeza na medicina. Assim, desejar que os médicos atuem frente a um doente terminal com absoluta certeza da inevitabilidade da morte não é um argumento válido para recusar a legitimidade da ortotanásia, porque a exigência é incompatível com o próprio exercício da Medicina, que não pode se obrigar a curar o paciente, mas pode comprometer-se a conferir-lhe a maior qualidade de vida possível, diante do seu estado e dos recursos técnicos existentes.

A Resolução guerreada é, pois, uma manifestação dessa nova geração da ética nas ciências médicas, que quebra antigos tabus e decide enfrentar outros problemas realisticamente, com foco na dignidade humana.

Na medicina atual, há um avanço no trato do doente terminal ou de patologias graves, no intuito de dar ao paciente não necessariamente mais anos de vida, mas, principalmente, sobrevida com qualidade.

A medicina deixa, por conseguinte, uma era paternalista, super-protetora, que canalizava sua atenção apenas para a doença e não para o doente, numa verdadeira obsessão pela cura a qualquer custo, e passa a uma fase de preocupação maior com o bem-estar do ser humano.

E, repise-se, não se trata de conferir ao médico, daqui pra frente, uma decisão sobre a vida ou a morte do paciente, porque ao médico (ou a equipe médica, tanto melhor) apenas caberá identificar a ocorrência de um estado de degeneração tal que indique, em verdade, o início do processo de morte do paciente. Trata-se, pois, de uma avaliação científica, balizada por critérios técnicos amplamente aceitos, que é conduta ínsita à atividade médica, sendo completo despautério imaginar-se que daí venha a decorrer um verdadeiro "tribunal de vida ou morte", como parece pretender a inicial.

Por tudo isto é que os pedidos deduzidos na presente demanda não devem ser acolhidos." (fls. 853-867, negritos no original)

Nessa ordem de considerações, pelas quais não entrevejo ilegitimidade alguma na Resolução CFM n. 1.805/2006, é de se rejeitar assim o pedido principal de se reconhecer sua nulidade, bem como o pedido alternativo de sua alteração.

Do exposto, revogo a antecipação de tutela anteriormente concedida e **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO**. Sem condenação em honorários advocatícios nem custas processuais (art. 18, da Lei 7.347/85).

P. R. I.

Brasília, 1º de dezembro de 2010

ROBERTO LUIS LUCHI DEMO

Juiz Federal Substituto da 14ª Vara/DF